

MULHERES NO ANTITRUSTE

VOLUME 4

PREFÁCIO

PAULA FORGIONI

ORGANIZAÇÃO

AMANDA ATHAYDE

GIULIA MURTA

ISABELA MAIOLINO

MYDYÃ DO NASCIMENTO LIRA

PALOMA CAETANO ALMEIDA



MULHERES NO ANTITRUSTE

VOLUME 4

COMISSÃO CIENTÍFICA

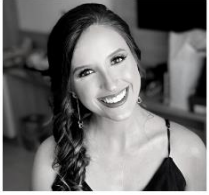
ADRIANA CARDINALI STRAUBE
AMANDA ATHAYDE
AMANDA FLÁVIO
FABIANA TITO
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES
LEONOR CORDOVIL
SILVIA FAGÁ DE ALMEIDA
SIMONE CUIABANO
PRISCILA BROLIO GONÇALVES

AUTORAS

AMANDA KAROLINI BURG
ANA SOFIA CARDOSO MONTEIRO
ELISA AMORIM BOAVENTURA
FABRÍCIA FAEDRICH
FERNANDA LOPES MARTINS
FLÁVIA TANAKA
GABRIELA MOREIRA CICILLINI
GIOVANNA DE CRISTOFARO
ISABELA MONTEIRO DE OLIVEIRA
ISABELA PANNUNZIO
ISABELLA DORIGHETO MIRANDA

JOANA STELZER
JULIA BRAGA
MANUELA LIAN LIEBENTRITT BRAGA
MÔNICA TIEMY FUJIMOTO
NURIA DEBAZA BAXAULI
SOFIA DE MEDEIROS VERGARA
TAINÁ LEANDRO
THAIANE ABREU
VERÔNICA DO NASCIMENTO MARQUES
VITÓRIA LOUBET BRUM BARBIERI

ORGANIZADORAS AVALIADORAS AUTORAS



Amanda Athayde
Giulia Murta
Isabela Maiolino
Mydyã do Nascimento Lira
Paloma Caetano Almeida
Organizadoras

MULHERES NO ANTITRUSTE IV

1.^a Edição

São Paulo
2021

Editora Singular

ATHAYDE, Amanda; MURTA, Giulia; MAIOLINO, Isabela; LIRA, Mydyã do Nascimento; ALMEIDA, Paloma Caetano. (Coord.). *Mulheres no Antitruste*. Volume IV. São Paulo: Singular, 2021.

ISBN: 978-65-86352-52-8

1. Concentração econômica. 2. Infrações à ordem econômica. 3. Política concorrencial.

Organização:

Amanda Athayde

Giulia Murta

Isabela Maiolino

Mydyã do Nascimento Lira

Paloma Caetano Almeida

Diagramação e edição: Giulia Murta, Isabela Maiolino, e José Carlos, Mydyã do Nascimento Lira e Paloma Caetano Almeida

Revisão: Giulia Murta, Isabela Maiolino, Leonor Cordovil, Mydyã do Nascimento Lira e Paloma Caetano Almeida

Capa: Mydyã do Nascimento Lira

SUMÁRIO

Sobre as colaboradoras	8
Agradecimentos	17
Giulia Murta	
Mydyã do Nascimento Lira	
Paloma Caetano Almeida	
Prefácio	19
Paula A. Forgioni	
Antitruste e Gênero Como Política Antitruste	21
Amanda Athayde; Giulia Murta; Isabela Maiolino; Mydyã do Nascimento Lira e Paloma Caetano Almeida	
PARTE 1 - CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA	
1. O CADE NO BANCO DOS RÉUS: ANÁLISE DE LIMITES E EFICÁCIA DA REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES EM ATO DE CONCENTRAÇÃO E DE INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA EXPERIÊNCIA EUROPEIA	26
Isabela Pannunzio; Julia Braga e Thaianne Abreu	
PARTE 2 - INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA	
2. ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE E O CASO IFOOD: PLATAFORMAS DIGITAIS E A PANDEMIA DE COVID-19 NA ANÁLISE ANTITRUSTE DE CONDUTAS	65
Fernanda Lopes Martins; Isabella Dorigheto Miranda	
3. VAREJISTAS BRASILEIROS E A OFERTA DE PRODUTOS FINANCEIROS NO PÓS-COVID: O PAPEL DA SOFT INFORMATION E A SOBREPOSIÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO DE DADOS	99
Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli	
4. MEDIDAS PREVENTIVAS NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ASPECTOS GERAIS E APLICAÇÃO. 129	
Manuela Lian Liebenritt Braga; Vitória Loubet Brum Barbieri	

PARTE 3 - POLÍTICA CONCORRENCIAL

5. INCENTIVOS, DESINCENTIVOS E EXTENSÃO DO PRAZO DE PATENTES 164
Paula A. Forgioni
6. A (ANTI)COMPETITIVIDADE NOS MERCADOS DIGITAIS E O DIREITO ANTITRUSTE 187
Gabriela Moreira Cicillini
7. ADESÃO DE PESSOAS FÍSICAS AOS ACORDOS DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO 215
Isabela Monteiro de Oliveira
8. CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TRABALHO OS DESAFIOS NA DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE ANTITRUSTE 241
Verônica do Nascimento Marques
9. ENTRE MERCADOS DIGITAIS E MERCADOS TRADICIONAIS PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO E OS NOVOS DESAFIOS PARA O DIREITO ANTITRUSTE..... 269
Mônica Tiemy Fujimoto; Elisa Amorim Boaventura e Sofia de Medeiros Vergara
10. O PLANO DE DADOS ABERTOS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA..... 310
Amanda Karolini Burg; Joana Stelzer
11. REGULAÇÃO PRÓ-COMPETITIVA: OS EFEITOS DA PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 335
Flávia Tanaka; Fabrícia Faedrich e Tainá Leandro
12. THE RIGHT TO DATA PORTABILITY UNDER THE LGPD: POSSIBLE REGULATORY SCENARIOS AND RELEVANT ANTITRUST IMPLICATIONS 362
Nuria Debaza Baxauli e Giovanna de Cristofaro

SOBRE AS COLABORADORAS

Comissão Organizadora

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Direito Concorrencial, Comércio Internacional e *Compliance*. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial. Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior, tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Cade e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Em 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao Cade. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede *Women in Antitrust* (WIA). Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

Giulia Murta é bacharel e mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Estagiária de pós-graduação no Gabinete da Presidência do Cade. Membro da Rede *Women Inside Trade Starters* e gerente na Diretoria Acadêmica da Rede *Women in Antitrust* (2020/2021).

Isabela Maiolino é mestra e doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Diretora Acadêmica da rede WIA (2018-Atual). Foi servidora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2015 a 2018) e assessora e chefe de gabinete da Secretaria Nacional do Consumidor (2019-2020). Atualmente é Coordenadora-Geral de Normatização da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Mydyã do Nascimento Lira é bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Pós-Graduanda em Direito Econômico e Regulatório pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

(PUC-RIO). Advogada de Direito Concorrencial no Pereira Neto | Macêdo Advogados. Membro da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB/CE, mentoranda e Gerente na Diretoria Acadêmica na Rede *Women in Antitrust* (2020-atual).

Paloma Caetano Almeida é mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP) e advogada de Direito Concorrencial no Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Bacharel em Direito na USP, com período de mobilidade internacional na Universidade de Lucerna, na Suíça. Gerente na Diretoria Acadêmica da Rede *Women in Antitrust* (2020-2021).

Juliana Oliveira Domingues é Professora Doutora de Direito Econômico na FDRP/USP com pesquisa de pós-doutorado na Georgetown University, Secretária Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública e Presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC) e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP). Foi a primeira pesquisadora brasileira selecionada pelo programa internacional da American Bar Association (Antitrust Law - International Scholar in Residence Program). Em 2008, publicou seu primeiro livro sobre Direito Antitruste premiado como “melhor livro jurídico” (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Em 2011 publicou seu primeiro livro sobre o direito antitruste brasileiro em inglês e em 2013 publicou o livro “*Brazilian Competition Law: A practitioner's Guide*”, ambos pela editora Wolters Kluwer. Atualmente tem 15 livros publicados. Co-fundadora da rede *Women in Antitrust* (WIA).

Leonor Cordovil é Professora Doutora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, doutora em Direito Econômico (USP) e em Direito Internacional (Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne), mestre (DEA) em Direito Internacional pela Panthéon Sorbonne e mestre em Direito Econômico (UFMG). Foi Diretora do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Comércio Internacional e Consumo (IBRAC) de 2010 a 2019 e bolsista do Programa de Doutorado da Organização Mundial do Comércio, em Genebra. É autora de livros e artigos em Direito da Concorrência, Consumidor e Comércio Internacional e sócia fundadora do escritório Grinberg Cordovil Advogados. Como advogada, é constantemente mencionada nos melhores rankings e nomeada como advogada destaque na área do antitruste por várias publicações. É Antitrust Officer da International Bar Association (IBA) e co-fundadora da rede *Women in Antitrust Brasil* (WIA).

Comissão Científica

Adriana L. Cardinali Straube é advogada e Executiva. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Visiting Researcher e Visiting Fellow na King's College London. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão de Estudos de Defesa da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP (2019-2021). Professora e Palestrante. Autora de livros e artigos jurídicos.

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Direito Concorrencial, Comércio Internacional e *Compliance*. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial. Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior, tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Cade e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Em 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao Cade. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede *Women in Antitrust* (WIA). Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

Amanda Flávio de Oliveira é Doutora, Mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Professora associada de Direito Econômico, Regulatório e Concorrencial na Universidade de Brasília - UNB. Foi professora decana de Direito Econômico dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais (2004-2019). Advogada militante e parecerista, sócia fundadora da Advocacia Amanda Flávio de Oliveira. Membro do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Estado de Minas Gerais. Membro Consultora da Comissão de Competitividade do Conselho Federal da OAB. Vice-Presidente da Comissão de Direito da Regulação Econômica e membro das comissões de Direito da Concorrência e de Direito do Consumidor da

OAB/MG. Conferencista, já participou de inúmeros Congressos no Brasil e em outros países como convidada. Autora de vários livros e artigos publicados no Brasil e no exterior sobre Direito Econômico, Regulatório, Concorrencial e Consumidor. Foi Diretora da Faculdade de Direito da UFMG, Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, Conselheira do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos, Presidente da Fundação Professor Valle Ferreira, Assessora-chefe da gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal, Assessora especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal, Presidente do BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Membro consultora da Comissão Especial de Direito do Consumidor do Conselho Federal da OAB e Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Fabiana Tito é Sócia da Tendências Consultoria Integrada. É Doutora em Teoria Econômica pela Universidade de São Paulo (FEA-USP), mestre em Economia da Concorrência e Regulação pelas Instituições Universitat Pompeu Fabra e Universitat Autònoma de Barcelona e bacharel em Ciências Econômicas pela FEA-USP. Foi Coordenadora-Geral da SDE/MJ de 2004 a 2007, trabalhou em consultorias econômicas internacionais (RBB Economics e LCGE Madrid) e foi economista assistente na Autoridade da Concorrência Britânica (CMA) em 2009. É a atual Diretora de Economia do IBRAC (2020-2021) e foi Conselheira do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) nos mandatos 2016-2017 e 2018-2019. Reconhecida pelo GCR Who's Who Legal nas nomeações *Consulting Expert* e *Global Leader Competition* 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 e *Thought Leaders in Competition* 2021 e 2022 (<https://whoswholegal.com/fabiana-tito>).

Juliana Oliveira Domingues é Professora Doutora de Direito Econômico na FDRP/USP com pesquisa de pós-doutorado na Georgetown University, Secretária Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública e Presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC) e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP). Foi a primeira pesquisadora brasileira selecionada pelo programa internacional da American Bar Association (*Antitrust Law - International Scholar in Residence Program*). Em 2008, publicou seu primeiro livro sobre Direito Antitruste premiado como “melhor livro jurídico” (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Em 2011 publicou seu primeiro livro sobre o direito antitruste brasileiro em inglês

e em 2013 publicou o livro “*Brazilian Competition Law: A practitioner's Guide*”, ambos pela editora Wolters Kluwer. Atualmente tem 15 livros publicados. Co-fundadora da rede *Women in Antitrust* (WIA).

Leonor Cordovil é Professora Doutora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, doutora em Direito Econômico (USP) e em Direito Internacional (Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne), mestre (DEA) em Direito Internacional pela Panthéon Sorbonne e mestre em Direito Econômico (UFMG). Foi Diretora do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Comércio Internacional e Consumo (IBRAC) de 2010 a 2019 e bolsista do Programa de Doutorado da Organização Mundial do Comércio, em Genebra. É autora de livros e artigos em Direito da Concorrência, Consumidor e Comércio Internacional e sócia fundadora do escritório Grinberg Cordovil Advogados. Como advogada, é constantemente mencionada nos melhores rankings e nomeada como advogada destaque na área do antitruste por várias publicações. É Antitrust Officer da International Bar Association (IBA) e co-fundadora da rede *Women in Antitrust Brasil* (WIA).

Priscila Brolio Gonçalves é Doutora e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Pesquisadora visitante na London School of Economics and Political Science – LSE. Diploma do Programa de Desenvolvimento de Dirigentes (PDD) da Fundação Dom Cabral. Participou de diversas bancas examinadoras de mestrado e doutorado na área de direito econômico e concorrencial. Diretora de Publicações e Editora da Revista do IBRAC. Integrante do corpo editorial da Revista do Cade. Advogada atuante em direito econômico, com foco em direito concorrencial. Sócia fundadora de Brolio Gonçalves Advogados. Autora de livros e diversos artigos acadêmicos.

Silvia Fagá de Almeida é Economista pela FEA/USP, doutora em economia pela FGV-SP (com tese sobre o poder compensatório e sua aplicação antitruste no setor de saúde suplementar, trabalho premiado com a primeira colocação no Prêmio-SEAE de Monografias do Ministério da Fazenda). Foi visiting scholar na Columbia University-NY (2011-2012) e professora da pós-graduação de economia da EESP-FGV e da FIPE. É professora do MBA da FGV e diretora da LCA, com mais de 15 anos de experiência em defesa da concorrência. Mencionada, desde 2015, no Who's Who Legal (associada à Global Competition Review) como economista de destaque no plano internacional para questões

concorrenciais. Foi diretora de Economia do IBRAC (2016-2019) e é diretora de mercados digitais do mesmo Instituto (2020-2021).

Simone Cuiabano é Doutora em Economia pela UnB, Postdoctoral Fellow na Toulouse School of Economics. Economista Senior do Banco Africano de Desenvolvimento desde 2019, atuou em diversas posições na administração pública no Brasil: foi economista-chefe adjunta do Cade entre 2014 e 2016, assessora econômica do gabinete do Ministro da Fazenda em 2018 e Coordenadora-geral de Interesse Público em 2019. É Auditora de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional (em afastamento).

Autoras

Amanda Karolini Burg é Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). Advogada.

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli é advogada (UFRJ), Internacionalista e Economista (IBMEC/RJ), possui mestrado em Administração com ênfase em Finanças pelo COPPEAD/UFRJ e atualmente cursa especialização em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (FGV) além de Doutorado em Direito Comercial na USP. É assessora no Gabinete da Presidência do Cade.

Elisa Amorim Boaventura é graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e estagiária em Massoneto, Horta e Bachur Advogados (MHBA). É editora-associada do *International Review of Constitutional Reform 2020 (IRCR 2020)*; membra do *Women Inside Trade Starters (WIT Starters)*; membra do Centro de Estudos Constitucionais Comparados (CECC – UnB) e pesquisadora voluntária do ProIC 2020/2021.

Fabília Faedrich é pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá – RJ, Especialista em Regulação de Saúde Suplementar (ANS). Atualmente Gerente-Geral de Regulação da Estrutura dos Produtos, na Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos (DIPRO/ANS).

Fernanda Lopes Martins é advogada. Mestre em Direito e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pela FDRP/USP (2019/2021). Advogada em CM Advogados. Bacharel em Direito pela FDRP/USP.

Flávia Tanaka é especialista em Administração Pública pela FGV-Rio, Especialista em Regulação de Saúde Suplementar (ANS), formada em Odontologia pela UFRJ e Especialista em Odontopediatria pela USP/Bauru, atualmente Gerente de Monitoramento Assistencial na Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos (DIPRO/ANS).

Gabriela Moreira Cicillini é graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP.

Giovanna de Cristofaro é advogada da área de Direito da Concorrência. Possui LLM em Corporate and Commercial Law pela London School of

Economics and Political Science – LSE, Londres (2019) e é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte (2017).

Isabela Monteiro de Oliveira é associada da área de Direito Concorrencial da Cescon, Barriou, Flesch & Barreto Advogados. Pós-graduada em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (2020). Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2017).

Isabela Pannunzio é advogada em Levy & Salomão Advogados e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Isabella Dorigheto Miranda é advogada. Mestra em Direito e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pela FDRP/USP. Bacharel em Direito pela FDRP/USP.

Joana Stelzer é doutora e mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Docente (Associada II) credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), no Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), da UFSC. Coordenadora do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (UFSC).

Julia Braga é bacharela e mestranda em Direito pela Universidade de Brasília. Advogada em VMCA Advogados.

Manuela Lian Liebentritt Braga é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (2021) e integrante da equipe concorrencial do escritório Mudrovitsch Advogados em São Paulo-SP.

Mônica Tiemy Fujimoto é professora de Direito Empresarial do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Econômico pela Universidade de Brasília (UnB) e graduada em direito pela Universidade de São Paulo (USP). É Coordenadora de Relações Institucionais do Centro de Direito, Internet e Sociedade (CEDIS) e foi Coordenadora de Análise Antitruste no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). É Sócia do escritório MHBA Advogados e Consultora da Laura Schertel Mendes Advocacia e Consultoria.

Nuria Debaza Baxauli é advogada especializada em proteção de dados e propriedade intelectual. Possui LLM em Law and Technology pela Tilburg University, na Holanda, e é Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Paula Forgioni: Professora Titular e Chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito de Bologna e em Direito do Comércio Internacional pelo Instituto Universitário Europeu de Turim. Foi *Visiting Professor* na Universidade da Flórida. Após longa carreira na advocacia empresarial, hoje atua precipuamente como árbitra e parecerista. Autora de diversas obras sobre direito empresarial e concorrencial, destacando-se “Contratos empresariais. Teoria geral e aplicação”; “Os fundamentos do antitruste” e “A evolução do direito comercial brasileiro. Da mercancia ao mercado”.

Sofia de Medeiros Vergara é graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e estagiária em Massonetto, Horta e Bachur Advogados. É membra do Grupo de estudos em Empresarial e Arbitragem, Editora-Assistente na Revista dos Estudantes de Direito da UnB e pesquisadora voluntária no ProIC 2020/2021.

Tainá Leandro é doutora em economia pela Universidade de Brasília, da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, do Ministério da Economia (EPPGG). Atualmente, cedida para ser assessora do Diretor de Normas e Habilitação das Operadoras da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Rio de Janeiro – RJ.

Thaiane Abreu é mestranda na Université de Liège (LLM candidate) e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Verônica do Nascimento Marques é graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e pós-graduanda em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC Minas. Integrante do Grupo de Estudos Radical XChange Brazil, vinculado à FDRP/USP e ao Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação (IBCI).

Vitória Loubet Brum Barbieri é advogada e bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2020). Mestranda em *Droits de l’homme et entreprises* pela Université Paris-Saclay. Aluna do programa *Partenariat International Triangulaire d’Enseignement Supérieur (PITES)*, que envolve a USP e as Universidades de Lyon.

AGRADECIMENTOS

*Giulia Murta
Mydyã do Nascimento Lira
Paloma Caetano Almeida*

*Gerentes na Diretoria
Acadêmica 2020/2021*

O Livro “Mulheres no Antitruste” chega à sua 4ª edição. Uma obra escrita exclusivamente por mulheres que se dedicam diariamente à compreensão e à resolução de questões relevantes do Direito Antitruste. Ao mesmo tempo em que celebramos com muita satisfação o lançamento de uma obra tão primorosa como esta, deferimos, desde já, os nossos mais sinceros sentimentos a todos que vivenciam as tristes consequências advindas da pandemia causada pela COVID-19.

Este livro passou por um longo processo até aqui. Um ano inteiro dedicado à seleção, análise, revisão e editoração de artigos, o que não seria possível sem o empenho de todas as mulheres que fizeram parte da organização do projeto. Como gerentes do Livro “Mulheres no Antitruste” no mandato 2020/2021, estamos muito satisfeitas com o resultado e ansiosas por compartilhá-lo com toda a comunidade jurídica.

Por isso, somos gratas, inicialmente, pela disposição, comprometimento e apoio irrestrito de todas as integrantes da Comissão Científica, Adriana Cardinali Straube, Amanda Athayde, Amanda Flávio, Fabiana Tito, Juliana Oliveira Domingues, Leonor Cordovil, Silvia Fagá de Almeida, Simone Cuiabano e Priscila Brólio.

Agradecemos à prof. Paula Forgioni, que prontamente aceitou o convite para prefaciar a obra, honrando-nos com um texto inspirador sobre as muitas armadilhas que se colocam diante das operadoras do direito. A sua trajetória nos inspira e o seu apoio nos impulsiona a perseguir o direito de sermos ouvidas e respeitadas em todas as esferas.

Agradecemos à Editora Singular, na figura de José Carlos, e ao IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, que têm apoiado o projeto desde o início com a publicação e lançamento do livro, respectivamente. Inclusive, a premiação concedida aos artigos é fruto da sólida parceria firmada com o IBRAC. Agradecemos, ainda, a todas as autoras que enviaram os

excelentes artigos em resposta ao *call for papers* e acreditaram no projeto. Sabemos o esforço necessário para construção de um artigo qualificado. Sem a contribuição de vocês, o livro, por óbvio, não seria possível.

Por fim, agradecemos às demais integrantes da Comissão Organizadora, Amanda Athayde e Isabela Maiolino, pela organização e participação essencial neste livro. Este trabalho é, sem dúvida alguma, fruto do comprometimento e do real desejo que vocês têm em fazer o Livro “Mulheres no Antitruste” ir cada vez mais longe.

Desejamos profundamente que este livro seja um instrumento importante para todas e todos que estudam o Direito Antitruste. Seguiremos juntas, convictas de que este trabalho é um grande propulsor da representatividade acadêmica e profissional feminina no Direito Antitruste no Brasil e no mundo.

Boa leitura a todas e a todos!

PREFÁCIO

Paula A. Forgioni

***Professora Titular e Chefe do
Departamento de Direito Comercial da
Faculdade de Direito da USP***

De nada adianta ser absolutamente genial, ter visões brilhantes, e viver isolado em uma caverna, sem diálogo com outros seres humanos. Não há gênio que chegue a algum lugar ou contribua para o desenvolvimento da sociedade sem propagar suas ideias, possuir e cultivar relações, pois é a partir da forma como convivemos e nos comunicamos com as pessoas à nossa volta que crescemos e nos aperfeiçoamos em todos os aspectos de nossas vidas. A teia de relacionamentos é essencial para o crescimento de qualquer carreira. Nesse contexto, emerge o brilhantismo de redes como o *Women in Antitrust - WIA*, que são capazes de, por meio do desenvolvimento de laços interpessoais, alcançar objetivos tão louváveis como o da representatividade e igualdade de gênero.

A WIA é responsável por unir juristas, advogadas, economistas, acadêmicas e professoras que atuam no direito da concorrência em torno de um projeto muito simples e ao mesmo tempo desafiador: colocar as mulheres nos papéis de destaque. É por meio do incentivo das relações e conexões entre todos e todas que a rede tem alcançado resultados concretos. A atuação das organizações de mulheres tem sido fundamentais nessa conquista de sermos cada vez mais ouvidas e respeitadas, entre nós mesmas e pelos homens, em virtude da nossa competência.

A coletânea de artigos aqui apresentada traz importantes colaborações para o direito antitruste. A maioria dos trabalhos endereça preocupações ligadas aos desafios da regulação na economia digital, que se potencializaram após a pandemia de Covid-19. Nesse sentido, as reflexões são atuais e relevantes, na medida em que os mercados digitais suscitam enormes debates, opiniões antagônicas, para as quais temos escassas respostas. O tema foi ainda não muito explorado pela autoridade antitruste, o que o torna mais desafiador.

Obras como esta que ora tenho a honra de prefaciá-las, que partem de uma iniciativa de defesa da paridade no âmbito profissional, devem servir de convite às jovens juristas a assumirem comportamento confiante e de influência, jamais de retração e de silêncio.

Muitas armadilhas colocam-se diante das operadoras do direito, incontáveis são as cavernas em que somos postas ou em que nos trancamos, pelos mais variados motivos. Da culpa ao machismo, passando pelo receio de se expor, o que não falta são incentivos para cada mulher se isolar, cuidando dos outros e apoiando carreira que não a sua. É preciso lutar e se expor, ou suas ideias murcharão. É preciso ter e manter relacionamentos. Ninguém baterá à porta de sua casa, perguntando se você tem alguma contribuição a dar. Temos que sair à luz, seja nas salas de aula, seja nos escritórios, nos gabinetes, na vida. Algum professor mais consciente poderá até perguntar a opinião da aluna retraída em um canto da sala. Mas, a vida não ficará atrás dela, atijando-a, até porque é muito forte a disputa no mercado acadêmico e profissional. O crescimento nas profissões exige posicionamento firme, a tessitura de redes, a divulgação do nosso trabalho e do nosso pensamento.

Competência e garra temos de sobra. É preciso que passemos a abraçar, de forma permanente, a posição de líderes no espaço que ainda é majoritariamente masculino. Não se trata de adotar conduta de confronto, mas de cooperação na reivindicação dos papéis que podemos e devemos ocupar. Nosso objetivo deve ser o da naturalização da liderança feminina, com homens e mulheres caminhando lado a lado, na difusão da cultura da concorrência no Brasil.

Por isso, o resultado que a Rede WIA tem entregado à sociedade é tão importante. Parabéns às organizadoras deste livro e às autoras pelo esforço empenhado e trabalho profícuo, bem como pelas contribuições valiosas para os estudos jurídicos que são aqui publicadas.

Boa leitura a todos!

ANTITRUSTE E GÊNERO COMO POLÍTICA ANTITRUSTE

Amanda Athayde; Giulia Murta; Isabela Maiolino; Mydyã do Nascimento Lira e Paloma Caetano Almeida

Organizadoras do IV Livro Mulheres no Antitruste

Trocas de mensagens via aplicativo, uma ideia, três mulheres com o mesmo propósito. A Rede *Women in Antitrust* (WIA) surgiu em 2017, a partir da união entre três mulheres atuantes na área do Antitruste no Brasil que, observando a ainda existente – e não falada – desigualdade entre homens e mulheres em cargos de liderança, resolveram criar uma rede que desse rosto, voz e papel a mulheres, para alcançarem posições de destaque no antitruste brasileiro. Se a área concorrencial sempre foi marcada pela presença de mulheres, seu reflexo nas mais altas posições no setor público, privado e acadêmico ainda eram – ou são, em alguns casos – de baixa proporção.¹ Desde então, a Rede WIA se tornou uma plataforma de divulgação e fortalecimento do trabalho das mulheres no setor privado, público e acadêmico no Antitruste, além de ser fonte de apoio para aquelas que ainda estão em início de carreira.

Alguns dos projetos lançados pela rede neste ano de 2021 foram o “Programa WIA Mentoria”, cujo objetivo é auxiliar mulheres em início de carreira interessadas em atuar com Direito Antitruste. Por meio deste projeto, jovens profissionais se encontram de modo privado e em reuniões conjuntas com mentoras, profissionais mais experientes do setor público e privado, advogadas, economistas e de outras formações, no propósito de contribuir para a próxima geração de mulheres no antitruste. Além disso, teremos o primeiro *moot court* de Direito Concorrencial do Brasil, que depois de alguns anos no bloco de notas de uma das fundadoras, virou realidade, dada a dedicação de outra das fundadoras, em parceria com a diretoria e as gerentes 2021. Esse projeto, que contou com a adesão do CADE, denominou-se então WICADE, e tem tudo para

¹ *Relatório de Representatividade e Inclusão Feminina no Antitruste – WIA. 2019. Disponível em: <https://www.womeninantitrust.org/projetos-em-andamento>*

ser um divisor de águas nas carreiras dos estudantes de graduação interessados em estudar concorrência. Ainda, lançamos o WIA Podcast, consistente em uma série de podcasts feitos por mulheres para discutir o antitruste, que já conta com mais de quinze episódios de alto nível.

E, é claro, não podemos deixar de mencionar, nessa introdução, o Livro “Mulheres no Antitruste”, que reúne artigos e estudos dedicadamente preparados por mulheres da rede e que já está na quarta edição. Ao longo dos anos de existência, a coletânea já reuniu mais de 50 artigos divididos entre as áreas de concentração econômica, infrações à ordem econômica e política concorrencial. Além disso, divulgou o trabalho de quase 70 mulheres nas mais diferentes fases de suas carreiras – desde graduandas até pós-doutoras, o que mostra que o projeto tem cumprido seu propósito de abarcar um número cada vez maior de autoras, encorajando o ingresso de jovens mulheres na área ao mesmo tempo em que incentiva e promove as publicações de economistas e juristas já referência no antitruste do Brasil. A iniciativa recente do CNJ, “Cite uma Mulher”,² ecoa iniciativas como a do WIA, que visa a diminuir o viés inconsciente de seleção de autores, aumentando a exposição dos trabalhos acadêmicos de autoras juristas no Brasil.

Neste ano, o livro reuniu 11 trabalhos e 21 autoras. Os artigos foram selecionados em *blind review* por uma comissão científica composta apenas por doutoras que gentilmente aceitaram contribuir com esse importante projeto. Todos os trabalhos foram avaliados e, quando necessário, passaram por correções sugeridas pela comissão científica antes da publicação. Além disso, foi mantida a tradicional divisão dos artigos entre os temas da concentração econômica, infrações à ordem econômica e política antitruste.

A maioria dos artigos se insere na área de política antitruste e trouxe contribuições para a advocacia da concorrência e suas interfaces com outras áreas relevantes, como a proteção de dados. Esse é o caso do texto de autoria de Nuria Debaza Baxauli e Giovanna de Cristofaro, que tratou da portabilidade interoperabilidade de dados como fator promotor da concorrência, os possíveis cenários regulatórios que podem surgir a partir da LGPD e as implicações para o Direito Antitruste. Também é o caso do texto escrito por Amanda Karolini Burg e Joana Stelzer, que abordou o conceito de dados abertos, apresentou o plano de dados abertos

² CNJ. <https://www.cnj.jus.br/bancos-de-dados-ampliarao-visibilidade-a-atuacao-de-mulheres-juristas/>

do Cade e analisou a situação atual do órgão quanto às medidas de transparência, participação e dados abertos.

Ainda no tema de política de concorrência, os mercados digitais tiveram grande destaque. Gabriela Moreira Cicillini buscou expor as particularidades desses mercados e a sua tendência à facilitação de condutas anticompetitivas, bem como debateu como deveria ser a análise antitruste destes mercados em seu texto. No mesmo sentido, Mônica Tiemy Fujimoto, Elisa Amorim Boaventura e Sofia de Medeiros Vergara trouxeram as peculiaridades das plataformas de compartilhamento e suas interseções com os mercados digitais, analisadas nas jurisdições europeia, norte-americana e brasileira.

Isabela Monteiro de Oliveira trouxe para debate os Acordos de Leniência, tema relevante e antigo na interseção entre antitruste e anticorrupção. A autora, contudo, trouxe um novo olhar à temática, ao investigar se a omissão da lei quanto à possibilidade de adesão de pessoas físicas a Acordos de Leniência Anticorrupção e do Ministério Público celebrados por pessoas jurídicas teria como fundamento alguma racionalidade, ou se se trataria de mera lacuna legislativa.

Verônica do Nascimento Marques debateu tema super atual em seu texto, no qual investigou e listou os desafios para a delimitação do mercado relevante de trabalho, em razão das particularidades inerentes às relações de trabalho, o que é um problema que já vem sendo enfrentado pelas autoridades antitruste ao redor do mundo.

Em abordagem empírica, Manuela Lian Liebenritt Braga e Vitória Loubet Brum Barbieri analisaram a concessão de medidas preventivas pelo Cade. As autoras demonstraram os dispositivos legais que tratam da possibilidade de atividade cautelar pela autoridade antitruste, esclareceram os critérios doutrinários aplicados pelo órgão e demonstraram algumas das determinações do CADE em sede de medida preventiva.

Flávia Tanaka, Fabrícia Faedrich e Tainá Leandro trataram do importante tema da regulação pró-competitiva nos mercados de saúde suplementar. As autoras demonstraram as ferramentas que permitem o aumento da competitividade neste setor, como a portabilidade de carências e o Guia ANS de Planos de Saúde, relevantes especialmente no contexto de concentração econômica causada pela pandemia de Covid-19.

Dentro do tema de infrações à ordem econômica, Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli trouxe discussão sobre a utilização das chamadas “*soft informations*” por varejistas atuantes no mercado de

serviços financeiros e a possibilidade de isso representar aumento de barreiras a novos entrantes, afetando não apenas a competitividade, como também aspectos regulatórios relacionados ao Sistema Financeiro Nacional.

Ainda no tocante às infrações à ordem econômica, Fernanda Lopes Martins e Isabella Dorigheto Miranda fizeram uma abordagem sobre os acordos de exclusividade e os desafios impostos na sua análise ao envolverem a economia digital, tema que ganhou ainda maior relevância no cenário de crescimento das plataformas digitais acelerado pela pandemia de Covid-19.

Por fim, no tema de concentração econômica, Isabela Pannunzio, Julia Braga e Thaianie Abreu trouxeram contribuição acerca da revisão judicial – de mérito e de forma – das decisões administrativas proferidas pelo Cade em atos de concentração. O trabalho discute a capacidade de *enforcement* de decisões relativas a operações já consumadas e faz um estudo comparado entre a jurisdição comunitária europeia e a brasileira para demonstrar a utilidade dos instrumentos lá utilizados.

A edição ainda contou com a participação mais que especial de Paula Forgioni, Professora Titular e Chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, certamente uma grande referência e fonte de inspiração para todas as mulheres do antitruste. A professora não apenas gentilmente elaborou o prefácio da obra, como também abrilhantou o livro com texto de sua autoria.

Outra grande novidade deste ano foi o estabelecimento de uma premiação para os três artigos mais bem avaliados pela comissão científica, que concederá às vencedoras a inscrição em evento do IBRAC, a participação em eventos da Rede WIA e o recebimento de livros de autoras WIAs, corroborando o propósito da rede e da Diretoria Acadêmica de estimular a participação de mais mulheres e de divulgar o trabalho de outras.

Com isso, concluímos mais uma edição dessa obra que todos os anos é ansiosamente aguardada e que já é motivo de muita satisfação para a Rede WIA. Esta quarta edição do Livro “Mulheres no Antitruste” reflete bem a forma de atuação do WIA: uma rede em que se trabalha em parceria, *pro bono*, com vontade de fazer a diferença, aliando os esforços específicos de uma das fundadoras (Amanda Athayde), de uma das diretoras acadêmicas (Isabela Maiolino) e das três gerentes do projeto (Giulia Murta, Mydyã Lira e Paloma Caetano).

Boa leitura!

PARTE 1 - CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

1. O CADE NO BANCO DOS RÉUS: ANÁLISE DE LIMITES E EFICÁCIA DA REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES EM ATO DE CONCENTRAÇÃO E DE INSTRUMENTOS UTILIZADOS NA EXPERIÊNCIA EUROPEIA

1. CADE ON TRIAL: ENFORCEMENT AND LIMITS TO THE JUDICIAL REVIEW OF DECISIONS IN MERGER CASES COMPARED TO THE EUROPEAN COMPETITION AUTHORITY'S PRACTICE

Isabela Pannunzio; Julia Braga e Thaiane Abreu

Resumo: Este artigo analisou decisões judiciais que revisaram a forma ou o mérito de decisões administrativas emitidas em atos de concentração pelo Cade. O artigo discute o fato de que a revisão judicial de decisões em ato de concentração é situação análoga ao controle de concentração *a posteriori*, e discute a capacidade de *enforcement* de decisões relativas a operações já consumadas. Por fim, o artigo analisa a experiência da jurisdição comunitária europeia em comparação com a prática brasileira para entender em que medida os instrumentos lá utilizados podem ser úteis.

Palavras-chave: revisão judicial, concentração econômica, ato de concentração, controle de estruturas.

Abstract: This article analyzed judicial decisions that reviewed the form, or the merit of administrative decisions issued by CADE in merger cases. The article discusses the fact that the judicial review of merger cases is a situation similar to *a posteriori* merger control, and it discusses the enforcement of decisions related to transactions that have already been closed. Finally, the article analyzes the experience of European Union in comparison with Brazilian practice to understand to what extent the instruments used therein can be useful in the Brazilian practice.

Key words: judicial review, economic concentration, concentration act, merger control.

1. Introdução

A revisão judicial de decisões emitidas por autoridades da concorrência é alvo de um debate recorrente em jurisdições ao redor do mundo. Se, por um lado as decisões tomadas por estes órgãos são intrinsecamente complexas – seja pelo tema “refinado”, pouco conhecido pelos membros do judiciário, por sua complexidade, ou pelos argumentos eivados de análises econômicas -, por outro, a revisão judicial de qualquer ato ou decisão de um órgão estatal deve ser garantida pela lei de uma sociedade democrática.

No Brasil, recentes acontecimentos trouxeram este debate à tona novamente. Em 18.03.2021, foi exarada uma decisão monocrática em agravo de instrumento que determinou a suspensão do ato de concentração proposto entre a Bunge Alimentos S.A. e a Imcopa – Importação, Exportação e Indústria de Óleos S.A., após 2 meses do trânsito em julgado na seara administrativa. Além disso, a decisão estipulou que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) reanalisasse a operação considerando um estudo técnico apresentado por uma associação que não havia sido habilitada como terceira interessada no processo administrativo no Cade.

Este trabalho se propõe a estudar o controle judicial de decisões administrativas tomadas pelo Cade, especialmente no que tange a atos de concentração. Para tanto, o primeiro capítulo tratará sobre a possibilidade e os limites da revisão judicial das decisões proferidas pelo Cade, apresentando um panorama sobre decisões já tomadas pelo judiciário que tenham se debruçado (ou não) na análise de mérito concorrencial em processos de atos de concentração relacionadas a este assunto, bem como questiona a legitimidade para ajuizar uma ação judicial em face a uma decisão da autoridade da concorrência brasileira.

O segundo capítulo analisa as possibilidades e revisão de julgamentos do Cade a partir de três cenários diferentes, considerando que o sistema de controle de estruturas brasileiro foi alterado com a entrada em vigor da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Anteriormente à entrada em vigor deste diploma, as partes envolvidas em uma operação de notificação obrigatória ao Cade poderiam notificá-la em até 15 dias após a sua consumação. Com a nova lei, a consumação prévia passou a ser uma infração, já que tal norma determina que as partes notifiquem o ato de concentração antes da consumação. Também são analisadas decisões emitidas na vigência da nova lei que, em caráter excepcional, analisaram

operações já consumadas. Com isso se pretende entender a capacidade de *enforcement* de decisões *a posteriori*, que seria o caso de decisões oriundas de determinação judicial de revisão da decisão do Cade.

Por fim, o terceiro capítulo traz o direito comparado para que sejam observadas as semelhanças e diferenças do controle judicial brasileiro com o cenário na União Europeia. Esta seção explicará o contexto do sistema de controle de estruturas europeu, bem como indicará os critérios e limites do controle judicial nesta jurisdição, além de trazer perspectivas relacionadas à legitimidade e institutos inéditos relacionados a este assunto.

Ao final, conclui-se que ferramentas do direito europeu poderiam ser implementadas na experiência brasileira para promover segurança jurídica em relação à análise de atos de concentração, condizente com o dinamismo dos mercados e da atividade empresarial, bem como para assegurar mecanismos de compensação que errônea e injustificadamente prejudiquem as partes.

2. O controle judicial das decisões do Cade: há limites?

A tutela objeto do direito da concorrência no Brasil pode ocorrer sob duas formas distintas: no âmbito do Poder Executivo, por meio de atos administrativos do Cade e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); e no âmbito do Poder Judiciário, por meio da atuação dos tribunais. Nesse cenário, é corrente a discussão sobre a atuação do Poder Judiciário, em especial sobre a possibilidade da revisão judicial das decisões administrativas proferidas pelo Cade e, na hipótese de ser possível, a abrangência que tal revisão pode tomar.

Por ser entidade da Administração Pública indireta, na forma de autarquia federal, o Cade possui as suas atribuições previstas na Lei de Defesa da Concorrência, tendo como missão zelar pela livre concorrência no mercado e sendo responsável por disseminar e fomentar a cultura da livre concorrência, bem como por investigar e decidir, em última instância, sobre práticas anticompetitivas. Decisões proferidas pelo Cade não comportam revisão no âmbito administrativo, sendo promovida a sua execução imediatamente após o trânsito em julgado da decisão da autoridade.

São três os principais argumentos levantados para defender a possibilidade de revisão judicial das decisões do Cade. O primeiro deles é justamente a aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição, que estabelece a possibilidade de revisão, por via de recurso, das decisões

proferidas contra cidadãos. O direito ao recurso seria, além de garantia fundamental, importante meio político de controle dos atos estatais e necessário para que se observe o devido processo legal e os princípios basilares de qualquer regime democrático¹. A revisão judicial seria, portanto, uma salvaguarda do cidadão contra eventuais abusos ou enganos cometidos pelo Poder Executivo².

Um segundo argumento diz respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as decisões tomadas no âmbito administrativo, extraído do inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal. Sob essa perspectiva, entende-se que o direito de ação é um direito público subjetivo e autônomo do cidadão, ou seja, que existe por si só e independe da existência do direito material. Ademais, somente o Poder Judiciário é capaz de dizer o direito com força de coisa julgada, de modo a compor definitivamente a lide entre as partes interessadas³. Somado ao dispositivo constitucional, a própria Lei de Defesa da Concorrência estabelece, em capítulo destinado a tratar sobre o direito de ação, que indivíduos prejudicados poderão ingressar em juízo para obter a “cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos”.

Já o terceiro argumento cinge o fato de o processo administrativo conduzido pelo Cade ser um processo administrativo sancionador, que visa apurar responsabilidades e, se for o caso, aplicar penalidades por infrações administrativas praticadas tanto por pessoas físicas quanto jurídicas. Entende-se ser relevante, portanto, a possibilidade de verificação da presença dos elementos de legalidade e do efetivo cumprimento das garantias constitucionais, em especial se considerado que eventuais práticas anticompetitivas analisadas pelo Cade configuram, também, ilícitos penais.

¹ A despeito de se encontrar expressamente previsto na Constituição Federal, há corrente de doutrinadores que consideram o direito ao recurso como princípio constitucional autônomo (GRINOVER, 2005, p. 75).

² FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 157.

³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 169.

Nesse contexto, é inequívoca a possibilidade de controle judicial das decisões proferidas no âmbito administrativo pelo Cade⁴. A grande discussão, em verdade, refere-se aos limites de tal revisão, em especial porque o Cade é um órgão altamente especializado, que analisa temática complexa e, por vezes, demasiadamente técnica. A questão que se coloca, portanto, é entender se é possível que o Poder Judiciário reveja a decisão do Cade somente no que diz respeito a vícios de legalidade ou se pode adentrar ao mérito administrativo e reavaliar se eventual prática investigada configura ou não infração à ordem econômica, nos termos da Lei de Defesa da Concorrência.

A doutrina há tempos discute a questão. Paula Forgioni⁵ entende que “todas as causas antitruste podem ser levadas à apreciação dos magistrados” e que a correta interpretação do sistema jurídico brasileiro permite concluir que não há qualquer limitação para a revisão das decisões tomadas pelas autoridades antitruste. No contraponto, Isabel Vaz⁶ defende que o mérito das decisões do Cade não poderia ser objeto de revisão judicial em razão da especialidade do órgão de defesa da concorrência, ficando o Poder Judiciário restrito a uma revisão sob o aspecto formal. Carvalho Filho⁷, na mesma linha, entende que “embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador”.

A possibilidade de o Poder Judiciário rever o mérito da decisão proferida pelo Cade já vem sendo debatida pelo Poder Judiciário há anos. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento consolidado é no sentido de que “as decisões do Cade não fogem à regra da ampla revisão pelo Poder Judiciário, quer pelo aspecto horizontal (objeto da demanda), quer pelo vertical (profundidade da cognição), em homenagem à cláusula de inafastabilidade inserida no art. 5º, XXXV, da CF”⁸.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51.

⁵ FORGIONI, *op cit.*, p. 156.

⁶ VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a Aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Estudos em homenagem ao ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷ CARVALHO FILHO, *op cit.*, p. 54.

⁸ REsp 1.181.643/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 20.05.2011.

Em 2019, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma⁹. No caso analisado pelo STF, tratava-se, na origem, de uma ação ordinária ajuizada pela Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. (Cascol), objetivando a anulação da decisão proferida pelo Cade no âmbito de processo administrativo que condenou empresas do setor de combustíveis pela prática de cartel e criação de barreiras à entrada no mercado de distribuição de combustíveis.

Insatisfeitas e contrariadas com o resultado do processo administrativo instaurado pelo Cade, a Cascol ajuizou ação anulatória que, após alguns anos, deu ensejo ao julgamento proferido pelo STF sobre a controvérsia acerca da possibilidade (ou não) de o judiciário poder rever, no mérito, decisão da autoridade antitruste. Ao analisar a questão, a 1ª Turma, por unanimidade, entendeu não ser possível a revisão do mérito administrativo da decisão do Cade pelo STF, destacando que a seara regulatória atrai questões que demandam tratamento especializado e qualificado e que o Judiciário teria dever de deferência às decisões técnicas em razão da (i) falta de conhecimento técnico e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias; e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e à dinâmica regulatória administrativa. Sendo assim, o STF concluiu que o “controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte”.

O julgamento do caso pelo STF, portanto, reconhece um certo grau de imunidade da decisão do Cade, na medida em que prestigia a análise técnica da autoridade antitruste, sem afastar a possibilidade de revisão quanto aos requisitos do ato administrativo, tais quais a competência, finalidade, forma, objeto e motivação – em observância aos princípios da inafastabilidade jurisdicional e do devido processo legal, constitucionalmente previstos. Certo é que a decisão tomada pela 1ª Turma do STF não finda a discussão, embora seja um precedente e uma sinalização importante sobre o tema.

Feitos esses comentários acerca da possibilidade (e limites) relacionados à revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade, fato é que há muitas ações judiciais ajuizadas em face do Cade, para discutir

⁹ RE 1083955/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 07.06.2019. O processo transitou em julgado em 25.08.2020.

tanto processos administrativos que apuram práticas anticompetitivas quanto atos de concentração econômica. Com relação à judicialização por agentes privados de decisões proferidos pela autoridade antitruste, só em 2020 foram ajuizadas 72 novas ações¹⁰. Já no que tange ao resultado das ações que discutem processos administrativos, no ano de 2020 as decisões do Cade em processos de apuração de conduta foram confirmadas pelo Poder Judiciário em 54,91% dos casos¹¹.

O foco desse artigo é avaliar os desafios envolvidos na revisão judicial de decisões do Cade, com especial interesse em processos de ato de concentração econômica. Sendo assim, serão apresentados a seguir casos que ilustram de que forma a análise concorrencial realizada pela autoridade antitruste brasileira tem sido contestada pelos agentes privados no âmbito do Poder Judiciário, bem como conclusões sobre o *enforcement* da revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade.

2.1. Revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade no âmbito de processos de atos de concentração econômica

Preenchidos os requisitos de notificação obrigatória estabelecidos na Lei de Defesa da Concorrência, a operação deverá ser previamente notificada ao Cade para avaliação sobre seus potenciais efeitos no mercado brasileiro. Após detida análise de custos e benefícios ao consumidor, o Cade poderá decidir pela aprovação sem restrições, pela aprovação com restrições ou, ainda, pela reprovação da operação, proibindo que ela se concretize em razão dos seus potenciais efeitos deletérios no mercado. A decisão proferida pelo Cade é final e irrecurável. Assim, seria reservado ao Poder Judiciário, no papel de titular da jurisdição, eventual análise acerca da legalidade ou ilegalidade da decisão.

Ocorre que a análise dos atos de concentração submetidos à apreciação do Cade é complexa, perpassando pela definição do mercado relevante e pela análise de rivalidade, de probabilidade do exercício do

¹⁰ Vide apresentação realizada pelo Procurador-Chefe do Cade Walter de Agra Júnior, de título “Controvérsias na revisão judicial de decisões do Cade, ao Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/483/Walter_Agra.pdf. Acesso em 30.04.2021.

¹¹ Anuário do Cade, edição de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2020>. Acesso em 30.04.2021.

poder econômico e de eventuais eficiências específicas decorrentes da operação. A avaliação de uma operação, portanto, envolve a análise de seu impacto a fim de verificar em que medida o grau de concorrência existente poderá ser reduzido¹². Somada à importância da análise técnica e cuidadosa do Cade em relação aos potenciais efeitos da operação no mercado nacional - que é do interesse não apenas das partes diretamente envolvidas no ato de concentração, como também da própria coletividade -, o fator tempo também é de essencial importância, visto o caráter extremamente dinâmico dos mercados. É nesse contexto que se colocam os casos apresentados a seguir.

2.1.1 Decisões sem revisão do mérito concorrencial de atos de concentração

Ao se buscar por ações judiciais envolvendo discussões relacionadas ao controle de decisões proferidas pelo Cade no âmbito de processos de atos de concentração, nota-se que a ampla maioria das discussões levadas ao Judiciário não diz respeito ao mérito da operação, mas, sim, a aspectos relacionados à aplicação de multa por intempestividade, por exemplo¹³.

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) proferiu decisão interessante no âmbito do Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000¹⁴. Em 18.03.2021, o Desembargador Souza Prudente proferiu decisão monocrática deferindo parcialmente o pedido formulado pela Associação Brasileira da Indústria do Distrito Federal (CERVBRAASIL) nos autos de ação ajuizada contra o Cade. Em síntese, o Desembargador determinou a suspensão dos efeitos da decisão do Tribunal do Cade que aprovou, em 04.11.2020, o ato de concentração proposto entre a Bunge Alimentos S.A. (Bunge) e a Imcopa – Importação, Exportação e Indústria de Óleos S.A. (Imcopa)¹⁵ e ordenou

¹² FORGIONI, *op cit.*, p. 412.

¹³ Como metodologia de pesquisa, foi utilizado o termo “‘ato de concentração’ E cade” no sistema de pesquisa processual do TRF-1, sendo selecionadas todas opções de pesquisa, quais sejam, acórdãos, súmula, arguições e decisões monocráticas, de fonte tanto do TRF-1 quanto da JEF1. Como resultado, em 01.05.2021, foram identificados 72 acórdãos e 29 decisões monocráticas, todos analisados.

¹⁴ Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, DJe 19.03.2021.

¹⁵ Ato de Concentração nº 08700.002605/2020-10 (Requerentes: Bunge Alimentos S.A, Imcopa – Importação, Exportação, e Indústria de Óleos S.A.), aprovado sem

que os estudos técnicos apresentados pela CERVBASIL nos autos do ato de concentração fossem “devidamente examinados” pelo Cade.

Mais especificamente, a CERVBASIL explica que não teria se habilitado nos autos do ato de concentração na qualidade de terceira interessada porque teria tomado conhecimento da operação apenas após o prazo de 15 dias da publicação do edital já ter transcorrido (i.e., prazo de requerimento de habilitação), mas que, de toda forma, teria apresentado nos autos do ato de concentração uma manifestação expressando as suas preocupações relacionadas à operação e estudo econômico sobre o mercado. A CERVBASIL alega que tanto a Superintendência-Geral (SG) quanto o Tribunal do Cade teriam deixado de considerar os argumentos apresentados pela associação quando da análise do caso e que já seria possível verificar dano ao consumidor decorrente da operação, em razão de suposto aumento do preço do óleo de soja.

Ao deferir parcialmente o pleito, o Desembargador destacou (i) a existência de sensível aumento de preço dos produtos produzidos/comercializados pelas partes envolvidas na operação, em detrimento do interesse do consumidor final; e (ii) o fato de o Cade não ter analisado detidamente o estudo técnico apresentado pela associação, independentemente da sua habilitação como terceiro interessado. Como resultado da decisão, o Cade foi intimado e, após recomendação da Procuradoria Especializada junto ao Cade, em 26.03.2021, o Presidente Alexandre Barreto ordenou que fossem adotadas providências no sentido de dar conhecimento às partes e tornar pública a decisão do TRF-1, bem como que a SG avaliasse os argumentos apresentados pela CERVBASIL no referido estudo técnico¹⁶.

Nota-se que, no caso em questão, o Judiciário não adentrou ao mérito da decisão proferida pelo Cade, na medida em que não houve análise valorativa da manifestação e estudo técnico apresentados pela associação. A decisão, em verdade, limitou-se a impor ao Cade a obrigação de expressamente avaliar os argumentos levantados pela CERVBASIL no âmbito do processo administrativo, assegurando os princípios do contraditório e do devido processo legal. Embora não tenha

restrições em 4.11.2020, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani. Em síntese, A operação analisada cingia a aquisição de duas unidades produtivas da Imcopa pela Bunge, localizadas nos municípios de Araucária/PR e Cambé/PR. O ato de concentração transitou em julgado em 17.11.2020.

¹⁶ *Status* do caso na data de conclusão deste artigo (19.07.2021).

revisado o mérito concorrencial da operação, ao ordenar a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo Cade, é certo que a decisão pode gerar incertezas no mercado, em especial se considerado que a previsibilidade e o fator tempo são de grande relevância no contexto de atos de concentração.

Além das questões relacionadas à legítima expectativa dos agentes econômicos, vale notar que há grandes dificuldades envolvidas no efetivo cumprimento de uma decisão desse teor. Isso porque o trânsito em julgado da decisão de aprovação sem restrições da operação pelo Cade ocorreu em novembro de 2020, o que autorizou as partes a fecharem definitivamente a operação. Em outras palavras, após o transcurso de meses da efetiva incorporação dos ativos objeto da operação, como, na prática, suspender os efeitos da decisão do Cade?

Outro ponto que merece atenção diz respeito à própria legitimidade para a propositura da ação judicial cujo objeto cinge a revisão de decisões em atos de concentração. Se o bem jurídico tutelado pela ação é a ordem econômica e a proteção de direito difuso, a via adequada para tal é a propositura de ação civil pública por um dos entes indicados no rol taxativo da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Ações anulatórias propostas por entidades privadas, que apresentam interesses essencialmente particulares, podem não ser a opção para se discutir potenciais efeitos de uma determinada operação no mercado, em especial porque eventual prejuízo será absorvido pela coletividade, e não por um indivíduo em específico.

2.1.2 Decisões em que houve revisão do mérito concorrencial de atos de concentração

Há situações em que o Poder Judiciário analisou, de fato, o mérito da decisão proferida pelo Cade em atos de concentração. Exemplo disso é a Ação Popular ajuizada pela Senadora Federal Soraya Vieira Thronicke em face da Vale S.A. (Vale), da Ferrous Resources Limited (Ferrous) e do próprio Cade¹⁷. A ação tem por objetivo suspender a decisão proferida pelo Tribunal do Cade que aprovou a aquisição da Ferrous pela Vale até que a Vale comprovasse o cumprimento de medidas de *compliance* ambiental, à luz do princípio da função social da

¹⁷ Ação Popular nº 1015425-06.2019.4.01.3400, Juíza Federal Substituta da 5ª Vara SJDF Diana Wanderlei, DJe 10.07.2019.

empresa¹⁸. Alega-se que a autoridade antitruste falhou ao não analisar eventual impacto ambiental da operação e que a aquisição resultaria em enormes riscos ao meio ambiente e às comunidades adjacentes, em especial em razão do rompimento das barragens de Brumadinho/MG e de Mariana/MG nos últimos anos.

Após tecer comentários sobre a importância do *compliance* ambiental e recomendações proferidas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ao Brasil, em 06.11.2019, a Juíza Federal Substituta da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal proferiu decisão expressamente condicionando a aprovação da compra da mineradora Ferrous pela Vale à apresentação de *compliance* ambiental, que deveria ser aprovado pela União e pela Advocacia-Geral da União. Até a aprovação do programa de *compliance* ambiental da Vale, determinou-se que “não seria possível a mineradora efetivar nenhuma medida de aquisição da Ferrous” e que, se em 30 dias a Vale não apresentasse ao juízo os documentos que demonstrassem que a empresa estaria tomando medidas nesse sentido, a aquisição seria “de plano anulada”.

O Cade, no entanto, não chegou a ser intimado da decisão. Isso porque tanto a Vale quanto a Ferrous interpuseram agravo de instrumento em face da decisão proferida em primeira instância, que foram deferidos pelo TRF-1. Válido notar que, assim como no caso que discutiu a operação entre a Bunge e a Imcopa, a decisão proferida pelo Poder Judiciário ocorreu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão proferida pelo Cade. Sendo assim, para além do debate acerca da possibilidade (ou não) de o Judiciário rever as decisões da autoridade antitruste no mérito, o cumprimento desse tipo de decisão pode ser bastante complicado, em especial porque os negócios das partes podem já ter sido completamente combinados.

Em outra situação, o Poder Judiciário revisou decisão proferida pelo Cade no tocante à condenação solidária da Dow Agrociences Industrial Ltda. e da Monsanto Company¹⁹ ao pagamento de multa por

¹⁸ Processo no 08700.007101/2018-63 (Requerentes Vale S.A. e Ferrous Resources Limited), aprovada sem restrições em 08.07.2019, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Maurício Bandeira Maia.

¹⁹ Ato de Concentração de nº 08012.01.2392/2007-15 (Requerentes: Dow Agrociences Industrial Ltda. e Monsanto Company), aprovado sem restrições em 28.11.2007, nos termos do voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz.

apresentação intempestiva de ato de concentração²⁰. A operação cingia um acordo de cooperação empresarial para fins de pesquisa de biotecnologia a ser desenvolvido nos Estados Unidos e que, segundo as partes, não teria efeitos no Brasil. O Cade, por outro lado, argumentou que o mercado objeto do acordo teria dimensão mundial, de forma que qualquer alteração das relações concorrenciais poderia resultar em efeitos no Brasil.

Após tecer comentários sobre os requisitos para que um ato de concentração seja considerado como de notificação obrigatória no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência, bem como sobre acordos de cooperação empresarial, a 5ª Turma do TRF-1 entendeu, por unanimidade, que o contrato de colaboração firmado nos Estados Unidos, onde estariam localizados os ativos para o desenvolvimento da pesquisa, não seria de notificação obrigatória porque não teria o potencial de produzir efeitos no Brasil. O voto condutor do acórdão afirma que “se o negócio jurídico e sua execução não vão ocorrer em território brasileiro, a apresentação não é obrigatória porque o ato tem que ser ao menos em tese potencialmente lesivo ao mercado nacional”, e indica que, mesmo “na hipótese de se entender existir um mercado de tecnologia mundial, um mero acordo de cooperação para desenvolvimento da tecnologia conjunta não significa alteração no mercado de tecnologia, porque a tal inovação tecnológica que se busca não existe ainda, se é que vai existir”. Dessa forma, o TRF-1 decidiu pela nulidade da decisão do Cade por considerar que não há de se falar em punição por intempestividade se não havia obrigatoriedade de notificação da operação ao controle prévio da autoridade.

Ao reavaliar a potencialidade dos efeitos da operação no território nacional para fins de aferição sobre se o ato de concentração deveria ter sido submetido à análise prévia do Cade, é evidente que o Poder Judiciário adentrou ao mérito da decisão administrativa, estabelecendo, por exemplo, novos parâmetros de análise referentes à definição do mercado relevante envolvido. Como era de se esperar, o Cade interpôs recurso especial em face da decisão que entendeu pela nulidade da multa por intempestividade. O recurso ainda se encontra pendente de juízo de admissibilidade pelo TRF-1²¹.

²⁰ Apelação Cível nº 2008.34.00.011433-3/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene de Almeida, Quinta Turma, DJe 13.08.2012.

²¹ *Status* do caso na data de conclusão deste artigo (01.05.2021).

3. A análise a posteriori a partir da revisão judicial das decisões em atos de concentração

A decisão exarada pelo Desembargador Souza Prudente no Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000 não modificou a decisão do Cade em relação à operação analisada no ato de concentração entre Bunge/Imcopa²², mas determinou a reanálise de seus potenciais efeitos pela autoridade concorrencial à luz dos estudos técnicos²³ apresentados pela Agravante ao juízo. A partir disso, caso a pretensão da Agravante²⁴ de ver revertida, ou pelo menos alterada, a decisão do Cade seja atendida, a autoridade antitruste e as partes da operação em análise estarão em situação análoga àquela imposta pela Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994 (Antiga Lei de Defesa da Concorrência)²⁵: a de incorporar remédios, ou mesmo desfazer o negócio, após a sua implementação.

Nesse sentido, a eficácia de uma nova decisão a ser tomada pelo Cade pode ser analisada a partir da experiência da autoridade antitruste em três cenários, análogos a situações em que é determinado judicialmente o reexame de decisão do Cade: (i) operações reprovadas sob a vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência.; (ii) operações consumadas antecipadamente sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência, em que houve determinação de implementação de

²² Ato de Concentração nº 08700.002605/2020-10 (Requerentes: Bunge Alimentos S.A, Imcopa – Importação, Exportação, e Indústria de Óleos S.A.), aprovado sem restrições em 4.11.2020, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani. Em síntese, A operação analisada cingia a aquisição de duas unidades produtivas da Imcopa pela Bunge, localizadas nos municípios de Araucária/PR e Cambé/PR. O ato de concentração transitou em julgado em 17.11.2020.

²³ Até o momento, não está publicamente disponível o material denominado “estudos técnicos” mencionado na decisão, que teria sido apresentado pela Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CERVBRASIL).

²⁴ Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CERVBRASIL).

²⁵ Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que em seu artigo 54 determinava a notificação de Atos de Concentração até 15 dias úteis após a sua realização.

“Artigo 54, da Lei nº 12.529/2011: Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. § 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.”

remédios ou de desfazimento da operação já implementada sem autorização do Cade; e (iii) operação analisada sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência em que foi determinado o desfazimento do negócio após a sua implementação por descumprimento de Acordo em Controle de Concentração (ACC).

A análise da experiência da autoridade concorrencial permite contemplar os caminhos, os desafios e, principalmente, a eficácia de decisões que determinam a implementação de medidas após a conclusão das concentrações.

3.1. Deslocamento do momento da análise concorrencial na Nova Lei de Defesa da Concorrência

As mudanças trazidas para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) pela Nova Lei de Defesa da Concorrência em 2011 são diversas. No entanto, é especialmente relevante a alteração do controle de concentrações, ou seja, da implementação da análise prévia das concentrações econômicas. Do ponto de vista prático, a alteração implica na necessidade de notificar a autoridade concorrencial antes mesmo de celebrar operações que alterem a estrutura dos mercados, e aguardar a sua decisão final para a implementação do negócio. A mudança impacta diretamente a capacidade de *enforcement* do Cade, uma vez que a autoridade deixa de lidar com situações já consumadas e tem maior facilidade na implementação de suas decisões.

Na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência, o Cade enfrentava o desafio de encontrar soluções viáveis para mitigar preocupações concorrenciais em operações já implementadas – ou seja, precisava encontrar formas de implementar remédios ou mesmo desfazer operações quando já havia, na realidade fática, confusão entre o patrimônio e as atividades das participantes da concentração.

A Nova Lei de Defesa da Concorrência inaugurou uma nova era para o *enforcement* do direito concorrencial. A análise prévia dos atos de concentração garantiu a eficácia das decisões do Cade, uma vez que se tornou desnecessária a preocupação com efeitos já produzidos pela concentração no momento da decisão do Cade sobre a operação. A Nova Lei de Defesa da Concorrência garantiu que as operações fossem revisadas pelo SBDC em até 240 dias, prorrogáveis por mais 90 dias, para garantir às partes o direito de implementar negócios em prazo razoável, de forma a não inviabilizar a atividade empresarial. Assim, ao mesmo tempo em que a alteração da Lei de Defesa da Concorrência foi

capaz de garantir o *enforcement* das decisões da autoridade concorrencial em sede de concentração, ela também garantiu previsibilidade e segurança jurídica às partes.

Em especial, a alteração legislativa deu solução ao “problema dos ovos mexidos”, ou seja, da confusão patrimonial e de atividades das partes da operação, de forma que todos os ativos e atividades permanecem independentes até o trânsito em julgado da decisão administrativa que autorizou a concentração.

Em casos excepcionais, no entanto, como aquele afetado pela decisão do Desembargador Souza Prudente no Agravo de Instrumento nº 1006561-23.2021.4.01.0000, as partes se veem em situação muito semelhante à da análise *a posteriori* dos atos de concentração que vigia sob a égide da Antiga Lei de Defesa da Concorrência. Nesses casos, tanto as partes como a autoridade concorrencial enfrentam desafios na implementação de uma decisão que quer reverter efeitos já produzidos.

Nesse sentido, a notificação de atos de concentração à autoridade antitruste constitui ato de jurisdição voluntária, ainda que compulsória, e qualquer intervenção na atividade empresarial a partir dessa análise é anômala e deve ser excepcional. Ainda, para a imposição de remédios – ou mesmo para a reprovação de operações – a intervenção precisa (i) ser efetiva, (ii) ter custos limitados ao mínimo necessário para a autoridade, (iii) estar subscrita aos mercados relevantes em que forem identificados problemas concorrenciais, (iv) ter alocação eficiente, no caso de ativos-objeto de remédios, e serem destinados ao comprador que mais os valorizem; (v) produzir efeito dissuasório (*deterrence effect*)²⁶ e (vi) no caso de imposição de remédios, ter transparência na negociação, com identificação clara das preocupações e das motivações para adoção ou rejeição de propostas²⁷.

3.2. Análise da viabilidade de implementação de decisões em Atos de Concentração na Antiga Lei de Defesa de Concorrência

Para entender efeitos potencialmente produzidos pela decisão do Desembargador Souza Prudente no Agravo de Instrumento nº 1006561-

²⁶ O efeito dissuasório se refere à influência exercida pelos sinais que a autoridade envia para o mercado, por meio de suas decisões, nas ações futuras dos agentes econômicos.

²⁷ Cabral, Patricia S., Mattos, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade *in* Revista de Defesa da Concorrência, 2016.

23.2021.4.01.0000, é necessário retomar a prática da análise concorrencial *a posteriori*. Decisão diversa da aprovação sem restrições em um novo julgamento pelo Cade do Ato de Concentração nº 08700.002605/2020-10 precisará ser implementada considerando uma situação fática já consumada. Assim, a análise do controle de estruturas *a posteriori* auxilia na compreensão dos possíveis caminhos que podem ser adotados pelo Cade.

Foram analisadas as operações entre Nestlé e Garoto e entre a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e Usiminas, atos de concentração emblemáticos que continuam em discussão pelo Cade (e por vezes pelo poder judiciário) que continuam a produzir efeitos diversos daqueles pretendidos nas decisões da autoridade concorrencial.

3.2.1 Nestlé/Garoto

A dificuldade na implementação de decisões que determinam o desfazimento de operações já consumadas e o dilema do retorno à situação anterior ao fechamento do negócio pode ser ilustrada por um caso emblemático julgado na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência: a compra da Garoto pela Nestlé, reprovada pelo Cade em fevereiro de 2004. Nesse caso, o Cade enfrentou desafios no *enforcement* de sua decisão, que foi seguida por uma longa disputa judicial, descrita resumidamente a seguir.

A operação de compra da Garoto pela Nestlé²⁸ foi apresentada ao Cade pelas partes em março de 2002, um mês depois de sua implementação. Ainda em março de 2002, o Cade firmou com as partes um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)²⁹,

²⁸ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 (Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A.), reprovada em 04.02.2004, nos termos do voto do Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade.

²⁹ O Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) foi inspirado por solução encontrada para o Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 que analisou a fusão das companhias Antártica e Brahma. O procedimento foi amplamente utilizado na vigência da Lei 8.884/94, em que a análise dos Atos de Concentração era feita *a posteriori*, mas ainda é aplicável sob a vigência da Lei 12.529/2011 em caso de aprovação precária e liminarmente de operações pelo Conselheiro Relator, conforme previsto no art. 59, § 1º da Nova Lei de Defesa da Concorrência. Vide STRAUBE, Adriana L.C.; Acordos Administrativos no Direito Concorrencial Brasileiro *in* Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática. Grupo Almedina, 2020.

procedimento cautelar *ad hoc* criado pelo Cade na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência que impunha restrições às partes com o objetivo preservar o resultado útil do processo e mitigava os problemas da análise *a posteriori* (SHAPIRO, 2017). Depois de quase 2 anos de análise, em fevereiro de 2004, o Cade decidiu reprovar a operação em função de seus potenciais efeitos negativos decorrentes do alto nível de concentração nos mercados de chocolates de todas as formas e coberturas de chocolate³⁰.

A Nestlé contestou a decisão de reprovação da operação perante o TRF-1 e teve sua pretensão atendida quando, em 30.05.2005, foi deferido o pedido liminar de suspensão da determinação do Cade de desinvestimento integral dos ativos da Garoto pela Nestlé. Em 16.05.2007 foi proferida decisão em primeira instância pelo TRF-1, que aprovou automaticamente a operação entre Nestlé e Garoto por entender que havia “decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação”³¹. A decisão de aprovação automática foi reformada em 09.09.2009 pela 5ª Turma do TRF-1, mais de 7 anos depois da submissão da operação ao Cade. A decisão reformada anulou apenas o julgamento, pelo Cade, do pedido de reapreciação apresentado pela Nestlé, e determinou a realização de novo julgamento desse feito. A decisão da 5ª Turma do TRF-1 foi contestada pela Nestlé em sede de embargos infringentes.

Em 16.12.2015, mais de 11 anos após a decisão de reprovação da operação pelo Cade, a Nestlé apresentou à autoridade concorrencial proposta de solução não contenciosa³², que consistia na alienação de ativos (especialmente marcas) da Garoto com o objetivo de reduzir sua participação de mercado e mitigar preocupações concorrenciais. Durante todo o período, a Nestlé jamais alienou os ativos da Garoto em cumprimento à decisão proferida pelo Cade em 2004.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) emitiu parecer favorável à adoção das medidas propostas pela Nestlé no âmbito

³⁰ A decisão de reprovação da operação foi confirmada em 05.10.2004, após análise de pedido de reapreciação apresentado pelas partes.

³¹ Decisão proferida em 16.05.2007 nos autos do processo nº 2005.34.00.015042-8 pelo Juiz Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara Federal do Distrito Federal.

³² Vide Requerimento nº 08700.003861/2016-30 (pedido extraordinário de reapreciação do AC nº 08012.001697/2002-89).

da solução não contenciosa³³. O Tribunal Administrativo do Cade também foi receptivo à proposta apresentada pela Nestlé, e decidiu dar continuidade à solução não contenciosa com o objetivo de alcançar um acordo que resultasse em desinvestimentos que resultassem na mitigação das preocupações concorrenciais relacionadas à atuação da Nestlé nos mercados afetados pela operação. No entanto, em 28.10.2018, foram julgados e desprovidos os embargos infringentes opostos pela Nestlé. Assim, prevaleceu a decisão da 5ª Turma do TRF-1 que determinou novo julgamento do pedido de reapreciação apresentado pela Nestlé ao Cade, o que resultou no encerramento do processo de solução não contenciosa sem pronunciamento de mérito.

Com o objetivo de cumprir a decisão do TRF-1, o então Presidente do Cade Alexandre Barreto de Souza exarou, em 18.06.2021, Despacho que ordenou a nova instrução do Ato de Concentração pela SG. A decisão se baseou na baixa probabilidade de reversão da decisão judicial, na demora para conclusão do litígio, nos prejuízos decorrentes do alongamento do processo judicial e na possibilidade de que as condições de mercado tenham se alterado significativamente, o que possibilitaria um novo desfecho para a análise³⁴.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (PFE-Cade) informou que não foi intimada da decisão do TRF-1 que determinou novo julgamento do pedido de reapreciação apresentado pela Nestlé ao Cade, e destacou que tal decisão não transitou em julgado. A precariedade da decisão poderia afetar as decisões tomadas pelo Cade caso a determinação fosse executada imediatamente. Assim, pende a resolução dessas questões para que seja eventualmente iniciada a reanálise do Ato de Concentração, que mesmo reprovado pelo Cade continua a produzir efeitos.

A análise da operação Nestlé/Garoto demonstra a dificuldade no *enforcement* de uma decisão tomada após a consumação de uma concentração. Passados 17 anos, a decisão de reprovação da operação ainda não teve eficácia, que não pôde ser garantida de maneira efetiva

³³ Nota Técnica nº 16/2016/DEE/Cade, apresentada nos autos do Requerimento nº 08700.003861/2016-30 (pedido extraordinário de reapreciação do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89).

³⁴ Vide Despacho Ordinatório nº 1/2021/UCD-PRES/PRES/Cade nos autos do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 (Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A.).

mesmo com medida cautelar tomada pelo Cade durante a instrução do caso (o APRO firmado poucos dias depois da notificação da operação). Nesse caso, a já acentuada dificuldade em separar os ativos e as atividades das partes após o fechamento do negócio foi exacerbada pelas sucessivas revisões judiciais, que permitiram a manutenção dos ativos da Garoto pela Nestlé.

Na prática, a operação, mesmo reprovada pelo Cade, continua a produzir efeitos nos mercados afetados, que teve redução de 3 para 2 *players* com atuação relevante. Hoje, o único concorrente capaz de rivalizar com a Nestlé é a Mondelez, que detém a marca Lacta e outros rótulos.

3.2.2 CSN/Usiminas

De maneira similar ao que ocorreu no caso Nestlé/Garoto, o Cade encontrou dificuldades no *enforcement* de decisão tomada na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência que impôs remédios estruturais para a aprovação da aquisição, pela CSN, de participação na Usiminas³⁵. O Cade condicionou a aprovação da operação ao desinvestimento, pela CSN, de um lote de ações em determinado lapso temporal. Além disso, o Cade impôs, por meio de Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”)³⁶ restrições aos direitos políticos da CSN na Usiminas, ainda que a adquirente goze do pleno exercício de seus direitos patrimoniais³⁷.

Desde a aprovação da operação, a CSN requereu sucessivas prorrogações do prazo para alienação do lote de ações, conforme previsto no TCD. Até o momento, 7 anos após o julgamento pelo Tribunal do Cade, a obrigação de alienação do lote de ações ainda não foi cumprida pela CSN. Além disso, em caráter excepcional, a CSN solicitou ao Cade permissão para exercer os direitos políticos que detém na Usiminas em Assembleia Geral Ordinária em que foi eleito novo Conselho de

³⁵ A aquisição se refere a ações que não integram o bloco de controle da Usiminas.

³⁶ A possibilidade de firmar TCD está prevista no art. 58 da Lei 8.884/2011. O TCD tem por objetivo garantir o desempenho das partes envolvidas nas operações em suas atividades, de modo a garantir, por meio de metas quantitativas e qualitativas, o nível de rivalidade e o preservar o ambiente competitivo nos mercados afetados pela concentração.

³⁷ Previsões das cláusulas 2.1, 2.3 e 2.4 do Termo de Compromisso de Desempenho firmado entre Cade e CSN, aprovado na 41ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 09.04.2014.

Administração da Usiminas. O pedido, fundamentado na necessidade de garantir a representatividade e assegurar os direitos dos acionistas minoritários, foi deferido pelo Cade em 25.03.2015.

Nesse sentido, verifica-se a dificuldade encontrada pelo Cade na imposição de remédios, ainda que esses digam respeito tão somente à alienação de participação acionária, em operações já consumadas. Neste caso, assim como no caso Nestlé/Garoto, observa-se a manutenção pela adquirente dos ativos adquiridos por meio da concentração, apesar de decisão do Cade em sentido contrário. Em ambos os casos, mesmo decorrido um longo período desde a decisão, as determinações da autoridade antitruste não impediram que as operações produzissem - nem que continuem a produzir - efeitos nos mercados afetados pelas concentrações, demonstrando o desafio no *enforcement* de análises concorrenciais *a posteriori*.

3.3. Análise de operações já consumadas sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência

O controle prévio de estruturas não impede que, em situações excepcionais, a análise concorrencial seja realizada *a posteriori*. São hipóteses de análise *a posteriori* na Nova Lei de Defesa da Concorrência (i) a consumação antecipada de operações que cumprem os requisitos de notificação obrigatória (*gun jumping*)³⁸, (ii) a revisão de operações que não são de notificação obrigatória até 1 ano após sua consumação³⁹, (iii)

³⁸ Conforme artigo 88 da Lei 12.529/2011: Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

³⁹ Artigo 88, da Lei 12.529/2011: §7º 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.

a determinação judicial de revisão de decisão em ato de concentração e (iv) o descumprimento de ACC.

Em qualquer desses cenários, o Cade e as partes estarão diante dos mesmos desafios de *enforcement* enfrentados na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência. Merece especial atenção o ato de concentração entre Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda., que diz respeito à aquisição, pela JBJ, da totalidade do capital social da Fratelli Dorazio Investimentos S.A. e de sua subsidiária integral, a Mataboi Alimentos Ltda. A concentração foi analisada pelo Cade em dois procedimentos separados: no âmbito de um Processo Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (“APAC”)⁴⁰, que constatou a consumação antecipada da operação; e no âmbito de um ato de concentração⁴¹, em que se decidiu pela reprovação da operação.

3.3.1 *Gun Jumping: JBJ/Mataboi*

Em 22.12.2014, foi celebrado o contrato de compra e venda de participação societária, por meio do qual a JBJ adquiriu a totalidade do capital social da Fratelli Dorazio Investimentos S.A. e de sua subsidiária integral, a Mataboi. Apesar de cumprir os requisitos para notificação obrigatória⁴², a operação não foi notificada ao Cade, que a identificou e apurou em sede de APAC. Esse procedimento tem por objetivo analisar (i) se a operação se enquadra nos critérios de notificação obrigatória e (ii) se houve consumação antecipada, caso a operação se enquadre nos critérios de notificação obrigatória. Nesse procedimento, podem ser impostas sanções de natureza pecuniária (i.e., multas que vão de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões) e estrutural (desfazimento da operação).

No caso da JBJ/Mataboi, o Tribunal do Cade entendeu que a operação se enquadrava nos critérios de notificação obrigatória. Em decorrência da consumação da operação sem aprovação prévia, foi

⁴⁰ APAC nº 08700.007612/2016-13, instaurado pelo Cade em face da Mataboi Alimentos Ltda. e JGJ Agropecuária Ltda.

⁴¹ Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83 (Requerentes: Mataboi Alimentos Ltda. e JGJ Agropecuária Ltda.), reprovada em 13.10.2017, nos termos do voto do Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro.

⁴² A JBJ era, à época da operação, detida pelo Sr. José Batista Júnior, que também era acionista e controlador do Grupo JBS. Assim, o Cade entendeu que a JBJ era parte do Grupo JBS, conforme definição de grupo econômico estabelecida pela Resolução Cade 02/2012.

firmado um ACC⁴³, por meio do qual a JBJ se obrigou ao compromisso de notificar quaisquer operações futuras ao Cade e ao pagamento de contribuição pecuniária de aproximadamente R\$ 665 mil. O APAC também resultou em um Ato de Concentração, analisado pelo Tribunal do Cade em 18.10.2017. Na ocasião, o Tribunal do Cade entendeu que as integrações verticais resultantes da operação representavam “riscos concorrenciais (...) envolvendo troca de informações comercialmente sensíveis e/ ou atuação coordenada, bem como a ausência de eficiências, a operação importa em efeitos sociais líquidos negativos”⁴⁴, e que a concentração elevaria ainda mais o poder de mercado da JBJ.

Por essas razões e diante da inexistência de remédios que mitigassem os efeitos negativos da operação, o Cade decidiu pela reprovação da operação e determinou o seu desfazimento em prazo de 30 dias. No entanto, notícias recentes informam que a JBJ ainda detém os ativos adquiridos da Mataboi por meio da operação⁴⁵.

Assim, mais de três anos depois da determinação do Cade de desconstituição da operação, a decisão ainda não foi cumprida e a operação continua a produzir efeitos - avaliados pela autoridade concorrencial como potencialmente deletérios - nos mercados afetados. Este caso demonstra que apesar dos instrumentos disponíveis ao Cade para o controle prévio de estruturas, a autoridade concorrencial não está imune aos desafios do *enforcement* de suas decisões semelhantes àqueles que se apresentavam na legislação anterior.

Neste caso, a desconstituição da operação consistiria na devolução dos ativos à Mataboi pela JBJ, e na devolução do valor pago à Mataboi pela JBJ. Do ponto de vista da preservação do ambiente competitivo e da rivalidade, a decisão também poderia ser implementada por meio da alienação dos ativos a um entrante ou a um concorrente com participação reduzida nos mercados afetados, também sujeita à aprovação

⁴³ O ACC foi homologado na 168ª Sessão Ordinária de Julgamentos, realizada em 07.12.2016.

⁴⁴ Voto do Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo no Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83.

⁴⁵ Vide <https://economia.estadao.com.br/blogs/coluna-do-broad/ex-donos-do-mataboi-movem-acao-que-pode-superar-r-1-bi-contra-jbs/> (Ex-donos do Mataboi movem ação que pode superar R\$ 1 bi contra JBS) que informa que “Em 2017, o órgão regulador da concorrência alegou que a JBS não poderia comprar novos frigoríficos em mercados nos quais detém entre 30% e 50% de participação e exigiu que o negócio fosse desfeito. Até aqui, a Mataboi segue nas mãos da JBJ”. Acesso em 01.05.2021.

do Cade. No entanto, até o momento não foram tomadas medidas pela JBJ para alienar sua participação na empresa adquirida.

3.3.2 Descumprimento de ACC: Videolar/Innova S.A./Petrobras/Lírio Albino Parisotto

O descumprimento de ACC implica na revisão da decisão tomada em ato de concentração pelo Cade por não implementação, em absoluto ou de forma satisfatória, das condições que permitiram a aprovação da operação. Em decisão inédita⁴⁶, o Tribunal o Cade determinou a desconstituição da operação por meio da qual a empresa Videolar S.A e seu acionista majoritário, Sr. Lírio Parisotto, adquiriram 100% das ações representativas do capital social e votante da Innova S.A, até então de propriedade da Petróleo Brasileiro S.A.⁴⁷. A operação havia sido aprovada em 01.10.2014, condicionada a compromissos comportamentais que visavam mitigar os efeitos da operação no mercado de resinas termoplásticas, em especial o monômero de estireno (MS) e o poliestireno (PS), e seus derivados.

De acordo com parecer do DEE⁴⁸, a Videolar-Innova, entidade resultante da operação, não cumpriu a obrigação relacionada à produção de quantitativos mínimos de PS, e deixou de informar ao Cade sobre as mudanças no mercado que justificariam a redução no patamar mínimo estabelecido no ACC. Também não foi cumprida de forma satisfatória a obrigação relacionada à elaboração de um plano de repasse das eficiências da operação. O parecer do DEE explica que ainda que as partes tenham formalmente elaborado um plano de repasse de eficiências, não houve implementação de seu conteúdo em relação a determinados indicadores.

Na análise em que concluiu pela necessidade de reprovação da operação Videolar-Innova, o Conselheiro-Relator Sérgio Costa Ravagnani se baseou nos seguintes elementos: (i) alta possibilidade de exercício de poder de mercado derivada da elevada participação conjunta das partes, (ii) ausência de estímulos a novas entradas nos mercados relevantes, potencializada pelo aumento da capacidade produtiva das

⁴⁶ Proferida na 176ª Sessão Ordinária de Julgamentos, realizada em 28.04.2021.

⁴⁷ Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19 (Requerentes: Videolar S.A., Innova S.A. e Lírio Parisotto), aprovada condicionada à celebração de ACC, em 07.10.2014, nos termos do voto do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior.

⁴⁸ Nota Técnica nº 13/2020/DEE/Cade, disponível nos autos do Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19.

Requerentes após o início da operação conjunta e da capacidade ociosa, e pela ausência de novas entradas nos últimos cinco anos, além da mudança do cenário regulatório da Zona Franca de Manaus⁴⁹; (iii) a configuração de um duopólio em um mercado altamente concentrado decorrente da atuação conjunta das partes, que afeta as condições de rivalidade nos mercados relevantes; (iv) ausência de comprovação de repasse de eficiências ao consumidor; e (v) aumento nos preços de OS após a operação, o que reforçaria os indícios de que os ganhos decorrentes da operação não foram verificáveis ou repassados aos consumidores.

As principais obrigações assumidas pelas partes no âmbito do ACC que possibilitou a aprovação da operação Videolar-Innova foram: (i) manutenção de patamar mínimo de produção de OS, (ii) licenciamento gratuito de suas patentes, (iii) obrigação de não aproveitamento de benefícios tributários adicionais concentrando a produção na sua planta da Zona Franca de Manaus, (iv) investimento de parte do faturamento no desenvolvimento de produtos de maior qualidade e (v) repasse de eficiências ao consumidor final.

Nesse sentido, o Conselheiro-Relator constatou que “os remédios comportamentais assumidos no ACC não foram eficazes para mitigar as preocupações concorrenciais verificadas à época e direcionar benefícios líquidos positivos ao consumidor”, e decretou o descumprimento dos remédios pactuados por meio do ACC firmado à época da aprovação da operação.

Até o momento não há informações publicamente disponíveis sobre as medidas tomadas pelas partes para a desconstituição da operação. No entanto, considerando o fato de que a operação foi aprovada e implementada há aproximadamente 7 anos, o que implica em um alto grau de integração entre as empresas; e tomando em conta o histórico de ineficácia no *enforcement* de decisões *a posteriori* em atos de concentração, é possível que a autoridade concorrential tenha dificuldade em ver cumprida a sua decisão neste caso.

Nesse sentido, verifica-se a dificuldade encontrada pelo Cade na imposição de remédios, ainda que esses digam respeito tão somente à

⁴⁹ Conforme consta do voto do Conselheiro-Relator, houve “*alteração da regulação da Zona Franca de Manaus (ZFM), que reduziu o quantitativo mínimo de PS a ser destinado às indústrias na ZFM e para exportação como condição para obtenção de subsídio na importação do insumo MS, uma maior quantidade de PS fabricado na planta de Manaus pode ser comercializada em qualquer ponto do mercado brasileiro.*”

alienação de participação acionária, em operações já consumadas. Neste caso, assim como no caso Nestlé/Garoto, observa-se a manutenção pela adquirente dos ativos adquiridos por meio da concentração, apesar de decisão do Cade em sentido contrário. Em ambos os casos, mesmo decorrido um longo período desde a decisão, as determinações da autoridade antitruste não impediram que as operações produzissem - nem que continuem a produzir - efeitos nos mercados afetados pelas concentrações, demonstrando o desafio no *enforcement* de análises concorrenciais *a posteriori*.

3.4. Conclusões sobre o *enforcement* de decisões *a posteriori* motivadas por revisão judicial de análises do Cade

3.4.1 Capacidade reduzida de *enforcement*

Como demonstram as análises acima, há grande dificuldade em executar decisões que determinam a desconstituição total ou parcial de negócios jurídicos já implementados. Tanto em casos de análise *a posteriori* como regra na vigência da Antiga Lei de Defesa da Concorrência quanto a análise *a posteriori* como exceção, em casos julgados sob a égide da Nova Lei de Defesa da Concorrência, o ponto em comum é que se verifica a capacidade das partes em manter a situação pós-operação, apesar das decisões da autoridade concorrencial. O retorno ao *status quo ante* continua a ser um desafio para o *enforcement* de decisões *a posteriori* que tratam de negócios jurídicos consumados, qualquer que seja o caminho tomado para chegar a essas decisões.

Não é diferente quando se trata da revisão judicial das decisões em ato de concentração. Ou seja, ainda que se admita, em tese, a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na atividade do Cade – mesmo que para a reanálise da operação à luz de novos documentos – o verdadeiro desafio está na forma de implementação de tais decisões.

3.4.2 Segurança jurídica na revisão de atos de concentração

Para garantir o funcionamento do SBDC, é necessário garantir aos atores segurança jurídica. Ainda que não seja possível assegurar que a decisão proferida pelo Tribunal do Cade é final e irreversível, considerando a inafastabilidade do controle jurisdicional e a necessidade de assegurar o duplo grau de jurisdição, a segurança jurídica deve ser garantida, pelo menos no que diz respeito ao prazo de análise.

A Nova Lei de Defesa da Concorrência assegura às partes que notificarem atos de concentração ao Cade que a revisão da operação não excederá o prazo de 330 dias⁵⁰. Esse prazo deveria ser considerado também para a revisão judicial das decisões do Cade, estando o juízo obrigado a proferir decisão ou ordenar novo julgamento em data que não ultrapasse o prazo legalmente estabelecido. Entendimento diverso oneraria excessivamente as partes e inviabilizaria a atividade empresarial, o que vai de encontro aos pressupostos da atuação da autoridade concorrencial.

No caso em análise, considerando a publicação do edital do ato de concentração Bunge/Imcopa em 09.06.2020, um novo julgamento precisaria ocorrer até 05.05.2020 para que fosse respeitado o prazo para limite para análise da operação, e para que seja garantida, pelo menos nesse aspecto, a segurança jurídica das partes. No entanto, é necessário que seja feita menção expressa ao prazo nas decisões judiciais que determinem revisão de decisões do Cade em atos de concentração, para que todas as autoridades, inclusive a autoridade concorrencial, estejam expressamente vinculadas ao prazo de análise.

4. A experiência comparada: União Europeia

4.1. O controle de estruturas no âmbito da União Europeia

Ao contrário do que ocorre com comportamentos colusivos, abuso de posição dominante e auxílios estatais, o sistema de controle de estruturas da UE não está previsto em um tratado, mas sim no Regulamento do Conselho da União Europeia (EC) nº 139/2004.

Quando um ato de concentração possui dimensões comunitárias, este deve ser notificado à Comissão antes de sua implementação. É comum que as partes envolvidas entrem em contato com a Comissão até antes mesmo da efetiva notificação, a fim de alinhar questões

⁵⁰ Conforme art. 88 da Lei 12.529/2011, “§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. (...) § 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

preliminares como a complexidade da concentração e a definição dos mercados relevantes. Os detalhes desta operação devem ser publicizados no site da Comissão Europeia e no Jornal Oficial da UE, para que qualquer parte interessada possa entrar em contato com a instituição e fornecer comentários sobre a operação em questão. Primeiramente, a concentração é analisada na Fase 1 de investigação, que dura 25 dias úteis, e é concluída, na maioria das vezes com a aprovação da operação sem restrições ou condicionada a compromissos. Se este não for o caso, a operação passa para a Fase 2 de investigação, na qual a Comissão analisa a possibilidade de compromissos e das eventuais eficiências do ato de concentração. Esta fase pode durar até 90 dias úteis, que poderão ser estendidos, e, ao final, a Comissão aprovará a operação sem restrições, ou com compromissos, ou a reprovará.⁵¹

4.2. Revisão judicial de decisões proferidas pela Comissão Europeia

A revisão judicial de decisões emitidas pela Comissão Europeia é respaldada pelo artigo 263 do TFUE, que atribui ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁵² o papel de conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados da UE ou de qualquer norma jurídica proferidas por diversos órgãos da UE, incluindo a Comissão Europeia. Nesse sentido, qualquer decisão da Comissão relacionada ao direito comunitário concorrencial está sujeita à revisão judicial pelo TJUE (não só os assuntos que estão dispostos nos Tratados da UE, mas também aqueles que são regulados por outras normas jurídicas)⁵³.

⁵¹ Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures_en.html. Acesso em 01.05.2021.

⁵² O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é composto pelo Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Geral e pelos tribunais especializados (artigos 19 (1) do TUE e 257 TFUE). A função principal dos Tribunais da UE é garantir que a lei comunitária seja observada e os Tratados lhes dão três funções principais: (1) julgar ações ajuizadas por Estados-membro, instituições da UE e pessoais naturais ou jurídicas; (2) emitir questões preliminares a pedido dos tribunais nacionais dos países-membro, acerca da validade e interpretação dos Tratados, normas jurídicas e atos adotados pelas instituições da UE; e (3) decidir outros casos previstos nos Tratados da UE.

⁵³ Importante indicar também que quaisquer tipos de sanções previstas em regulamentos adotados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, também são sujeitas à revisão do TJUE, em consonância com o artigo 261 do TFUE. Em linha com essa previsão do Tratado, o artigo 16 do Regulamento nº 139/2004 também

Nos primeiros anos da implementação do sistema de controle de estruturas da União Europeia não houve muitos recursos às cortes. Não obstante, a partir da década de 1990, o cenário começou a mudar quando se observou que a Comissão Europeia possuía muitos poderes, já que sua atuação se assemelhava com a de um promotor, juiz e de tribunal (WHISH, 2009, p. 879). Quase ao mesmo tempo em que a Comissão Europeia reprovou 5 atos de concentração em 2001, o TFUE deu uma resposta imediata um ano depois, ao anular algumas decisões de reprovação proferidas pela Comissão, sendo algumas delas: *Airtours v Commission*, *Schneider Electric v Commission* and *Tetra Laval v Commission*. Nestes três julgamentos, embora reconhecendo que a Comissão possuía grande margem de apreciação especialmente quando lidava com casos complexos do ponto de vista econômico, o Tribunal de Primeira Instância⁵⁴ demonstrou que também estava preparado para analisar estes casos, seja do ponto de vista do mérito da operação, seja de possíveis vícios ou erros que eventualmente tivessem sido cometidos pela Comissão (WHISH, idem).

4.2.1 Terceiros interessados

O artigo 263 do TFUE permite que qualquer pessoa natural ou jurídica possa interpor recursos contra atos em que seja ou não a destinatária, mas que os efeitos deste ato lhe atinjam diretamente. No caso das partes envolvidas na operação, é fácil entender sua legitimidade para interpor um recurso contra uma decisão que não venha a ser tão favorável quanto esperavam. Quanto a partes terceiras, estas também possuem legitimidade para a interposição de recurso, desde que demonstrem que a decisão tenha efeito individual e diretamente relacionado a elas.

Nessa linha, o artigo 18 (4) do Regulamento nº 139/2004 dispõe que a Comissão Europeia pode ouvir pessoas naturais ou jurídicas quando necessário, a respeito de um ato de concentração, desde que tais indivíduos comprovem ter interesse suficiente em causa. A partir deste dispositivo, o Tribunal de 1ª Instância estabeleceu que tais pessoas já ouvidas pela Comissão Europeia normalmente possuem o direito de

estabelece a mesma provisão, especificamente relacionada a sanções pecuniárias aplicadas no âmbito de um exame de ato de concentração. De acordo com este dispositivo, o TFUE poderá suprimir, reduzir ou aumentar sanções pecuniárias aplicadas pela Comissão no âmbito de uma notificação de operação.

⁵⁴ Após dezembro de 2019 passou a ser o Tribunal Geral.

interpor um recurso judicial a respeito da concentração.⁵⁵ Não obstante, foram observados também recursos interpostos por terceiros que não tiveram envolvimento no processo administrativo examinado pela Comissão, mas que tiveram sua legitimidade aceita pelo Tribunal de 1ª Instância.

O caso *Petrolessence SA v Commission* foi um exemplo disso.⁵⁶ Após a aprovação da operação TotalFina/Elf pela Comissão com a condição de certos compromissos propostos pelas partes envolvidas, a empresa Petrolessence AS interpôs recurso solicitando que o Tribunal anulasse parte da decisão da Comissão especificamente o ponto em que a Comissão não a considerava como candidata à aquisição dos desinvestimentos propostos. Nesta situação, o Tribunal Geral entendeu que a decisão afetava diretamente a recorrente e que esta possuía interesse em agir.

4.2.2 Os critérios para a revisão judicial

Como mencionado anteriormente, a Comissão possui uma grande margem de apreciação na análise de atos de concentração. Isso significa que os Tribunais da UE não podem substituir seus próprios entendimentos em detrimento aos da Comissão. Os critérios de revisão judicial foram bem definidos no julgamento do caso *Sun Chemical Group BV v Commission* pelo Tribunal Geral.⁵⁷

“a fiscalização exercida pelo juiz comunitário sobre as apreciações econômicas complexas efetuadas pela Comissão no exercício do poder de apreciação que lhe é conferido pelo regulamento das concentrações *deve limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exatidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder.* A este respeito, há que recordar que o juiz comunitário deve verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, *mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis*

⁵⁵ Processo T-2/93, *Air France v Commission*, julgado em 17 de abril de 1996, paras. 42-47.

⁵⁶ Processo T-342/00, julgado em 03.04.2003.

⁵⁷ Processo T-282/06, julgado em 09.07. 2007.

de fundamentar as conclusões que deles se retiram [...]”
(grifos nossos)

Dessa forma, os Tribunais devem ser garantidores dos direitos procedimentais, como também vetores do desenvolvimento da lei⁵⁸. Nesse sentido, conforme o artigo 263 do TFUE, o recurso pode ter como objeto (i) a ausência de competência da Comissão, (ii) a violação de formalidades essenciais, (iii) a violação dos Tratados ou de qualquer regra de lei relativa à sua aplicação, ou (4) o abuso de poder.⁵⁹ A ausência de competência da Comissão se trata, na maioria das vezes, da disputa de jurisdição entre a União e os países-membro a respeito da dimensão comunitária. As violações de formalidades essenciais relacionam-se com direitos de defesa durante o processo administrativo conduzido pela Comissão. Nesta hipótese, estão incluídas questões relacionadas à oportunidade de se manifestar e ao limite legal de análise das operações⁶⁰.

A terceira hipótese é utilizada para recorrer da análise de mérito feita pela Comissão em relação a ato de concentração e se, de fato, tal operação cria ou não entraves significativos no mercado interno ou em parte dele.⁶¹ É importante ressaltar novamente que o Tribunal Geral nunca irá tomar uma decisão de mérito no sentido de aprovar ou não uma decisão. Ao contrário, irá anular ou manter parcial ou integralmente a decisão tomada pela Comissão. Em caso de anulação, a Comissão deverá tomar uma nova decisão⁶².

Por fim, a última hipótese consiste na utilização dos poderes da Comissão para propósitos diferentes dos quais foram conferidos. De acordo com Renshaw and Blockx, uma situação dessas poderia ser pensada como a Comissão declarar que certas informações enviadas por

⁵⁸ BLOCKX, Jan; RENSHAW, Andrew. Judicial review of merger in the EU. Disponível em: https://www.hoganlovells.com/~media/hoganlovells/pdf/publication/judicial-review-of-mergers-in-the-eu_pdf.pdf, p. 20.

⁵⁹ Disponível em: https://www.hoganlovells.com/~media/hoganlovells/pdf/publication/judicial-review-of-mergers-in-the-eu_pdf.pdf. Acesso em 01.05.2021.

⁶⁰ No Processo T-310/01, *Schneider Electric v Commission*, paras. 421-462; e Processo T-210/01, *General Electric v Commission*, para 632.

⁶¹ Artigo 2(2) do Regulamento nº 139/2004.

⁶² OECD. Judicial Enforcement of Competition Law. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf>.

uma parte notificante estivessem incompletas, apenas como uma justificativa para suspender o calendário da operação⁶³.

4.2.3 *Tramitação Acelerada (ou Expedited Procedure)*

Uma das maiores preocupações das partes envolvidas em uma operação notificada à autoridade da concorrência se resume ao período que levará entre a notificação e o trânsito em julgado da autorização para que a concentração possa ser consumada. Em casos em que há a tentativa de recurso por um terceiro, as requerentes da operação se veem em uma situação delicada, especialmente no que tange ao lapso temporal necessário para que o judiciário reveja tal operação.

É nesse contexto que surge o *Expedited Procedure* (ou “Tramitação Acelerada”) em 2000. Este procedimento prevê que certos casos possam ser julgados pelo Tribunal Geral de maneira mais rápida do que o de costume. Tal alternativa é bastante interessante considerando que a demora na autorização de uma concentração pode afetar as questões societárias da operação, como o calendário proposto contratualmente, além de eventuais riscos antitruste implementados no contrato. Além disso, caso o judiciário tome algum tempo para analisar o processo, as condições do mercado podem ser alteradas significativamente, traduzindo-se na impossibilidade de fechar a operação⁶⁴.

Este instituto está previsto nas Regras de Procedimento dos Tribunais da UE.⁶⁵ De acordo com o artigo 151 das Regras, o recorrente, o requerido e o próprio Tribunal poderão solicitar a Tramitação Acelerada, desde que: (i) haja uma urgência particular no caso; e (ii) haja circunstâncias relevantes. Importante ressaltar que a aprovação da Tramitação Acelerada depende discricionariamente do Presidente do Tribunal.

De acordo com Whish, entre 2001 e 2008, 10 recursos foram analisados pelo Tribunal de 1ª Instância sob este regime:

⁶³ BLOCKX; RENSHAW, *op cit.*, p. 20.

⁶⁴ WHISH, Richard. *Competition Law*, 2009, p. 882.

⁶⁵ Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-en-div-t-0000-2018-201810296-05_01.pdf. Acesso em 01.05.2021.

Caso	Data em que o recurso foi interposto	Data do julgamento	Período entre a interposição do recurso e o julgamento
<i>Schneider Electric v Commission (T-310/01)</i>	13/12/2001	22/10/2002	10 meses
<i>Schneider Electric v Commission (T-77/02)</i>	18/03/2002	22/10/2002	7 meses
<i>Tetra Laval v Commission (T-5/02)</i>	15/01/2002	25/10/2002	9 meses
<i>Tetra Laval v Commission (T-80/02)</i>	19/03/2002	25/10/2002	7 meses
<i>BaByliss v Commission (T-114/02)</i>	15/04/2002	03/04/2003	1 ano
<i>Royal Philips NV v Commission (T-119/02)</i>	17/04/2002	03/04/2003	1 ano
<i>EDP v Commission (T-87/05)</i>	25/02/2005	21/09/2005	7 meses
<i>Impala v Commission (T-464/04)</i>	03/12/2004	13/07/2006	21 meses
<i>Endesa v Commission (T-417/05)</i>	29/11/2005	14/07/2006	8 meses
<i>Sun Chemical Group v Commission (T-282/06)</i>	09/10/2006	09/07/2007	9 meses

Ainda que a média dos períodos acima mencionados resultem em uma média de cerca de 8 meses a 1 ano, a análise de um recurso ao Tribunal Geral normalmente leva 20 meses para ser concluída⁶⁶. Assim, o instituto da Tramitação Acelerada pode reduzir o trâmite do julgamento em até metade do tempo normal.

Não obstante, é preciso que as partes tenham em mente que a Tramitação Acelerada também possui alterações nas regras de procedimento do caso em trâmite perante o Tribunal Geral. Por exemplo, os prazos relacionados à parte escrita do processo são mais curtos do que na tramitação normal e o caso poderá não ter fase oral, caso o Tribunal entenda que o caso já está pronto para julgamento. Assim, é importante às partes sopesar seus interesses.

Cabe ressaltar também que este instituto também possui falhas. Como mencionado, apenas as partes recorrente e recorrida podem solicitar esta tramitação, além do próprio Tribunal. Em casos em que um terceiro recorre da decisão da Comissão, as partes envolvidas na operação – as mais interessadas nesse pedido – não terão o direito de solicitá-lo. Esta situação ocorreu no caso *KPN BV v Commission*, em que o recurso se tratava da operação aprovada pela Comissão entre as empresas Liberty Global e Ziggo⁶⁷. As partes do recurso – KPN BV e a Comissão – não solicitaram o pedido de Tramitação Acelerada, e as partes diretamente envolvidas na operação não eram autorizadas a fazer tal solicitação, por não serem formalmente partes do recurso judicial perante o Tribunal Geral. Ainda que o recurso não tenha efeito suspensivo, as partes envolvidas na concentração precisariam, portanto, ter cuidado ao implementar uma operação ainda sob recurso judicial.

4.2.4 Possibilidade de danos

A anulação de uma decisão da Comissão relacionada a um ato de concentração poderá resultar em ação judicial de reparação de danos, caso as partes envolvidas considerem que foram prejudicadas por um ato ilegal adotado. O artigo 340 do TFUE prevê a indenização por danos causados pelas instituições da UE em matéria de responsabilidade extracontratual.

⁶⁶ ELLIOT, Porter; VAN ACKER, Johan; GORDLEY, Catherine. Merger control in the EU: overview. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

⁶⁷ Processo COMP/M.7000 — Liberty Global/Ziggo (OJ 2015, C 145), p. 7.

Para que o pedido de indenização seja concedido, o requerente deverá demonstrar três requisitos indispensáveis para o seu deferimento: (i) que a conduta da instituição foi ilegal; (ii) que houve dano sofrido devido à conduta da instituição; e (iii) o nexo causal entre a conduta da instituição e o dano.⁶⁸ Até 2013, apenas duas destas ações foram propostas solicitando o pagamento de indenizações por atos ilegais: os casos *Commission v. Schneider Electric* (C-440/07) e *MyTravel v. Commission* (T-212/03). Apenas a primeira foi bem-sucedida com a determinação de uma indenização limitada⁶⁹.

5. Conclusão

A decisão judicial que determinou o reexame, pelo Cade, do ato de concentração entre Bunge e Imcopa dificilmente representa inovação no que diz respeito à possibilidade de revisão judicial de análises realizadas pela autoridade concorrencial. No entanto, a decisão exarada pelo Desembargador Sousa Prudente é uma oportunidade para trazer à tona a discussão sobre a possibilidade, os limites e a capacidade de *enforcement* da revisão de decisões em atos de concentração.

A possibilidade de revisão judicial de decisões administrativas emitidas pelo Cade, inclusive em sede de atos de concentração, é inequívoca. Mesmo diante da especialidade técnica da autoridade concorrencial, a necessidade de duplo grau de jurisdição, a inafastabilidade do controle jurisdicional e a necessidade de que haja possibilidade de verificação da presença dos elementos de legalidade e do efetivo cumprimento das garantias constitucionais, especialmente em relação a condutas anticompetitivas que também constituem ilícito penal, impossibilitam entendimento diverso.

Devem ser observados, no entanto, limites para a revisão judicial de decisões do Cade. Essas decisões devem estar restritas ao exame da legalidade ou da abusividade dos atos administrativos, conforme decisão proferida pelo STF. Observa-se que as decisões recentes, a exemplo daquela emitida pelo Desembargador Souza Prudente em relação à operação Bunge/Imcopa, não tratam do mérito da análise concorrencial, na medida em que não emitem juízo de valor sobre as informações apresentadas acerca da operação ou sobre a decisão tomada pelo Cade.

⁶⁸ Processo T-351/03, *Schneider Electric v Commission*, para 113.

⁶⁹ BLOCKX; RENSHAW, *op cit.*, p. 22.

De outro lado, é possível identificar decisões judiciais que rediscutiram o mérito de decisões do Cade em atos de concentração, por vezes com base em elementos estranhos à análise concorrencial, como o impacto ambiental resultante da operação (como no caso Vale/Ferrous). Há, ainda, decisões que emitem juízo de valor sobre a necessidade de notificação de atos de concentração ao Cade (como no caso Dow/Monsanto), que, na prática, acabaram por refletir sobre aspectos referentes à própria existência de multa por intempestividade que havia sido imposta pela autoridade concorrencial.

Assim, ainda que haja previsibilidade decorrente da assentada jurisprudência que prevê a possibilidade de revisão judicial de decisões do Cade somente no que diz respeito à legalidade do ato administrativo, ainda são identificadas decisões que discutem o mérito das análises concorrenciais – que deveria estar restrito apenas à apreciação do órgão especializado, ou seja, o Cade.

Ainda que haja possibilidade de revisão judicial das decisões do Cade em atos de concentração, é necessário analisar em que medida é viável a implementação de tais decisões. A determinação judicial de reexame pelo Cade de uma operação já consumada coloca a autoridade concorrencial em situação análoga àquela enfrentada no paradigma da Antiga Lei de Defesa da Concorrência, sob a qual o controle de estruturas era feito *a posteriori* e enfrentava desafios na sua capacidade de *enforcement*.

Nesse sentido, foram analisadas decisões que pretendiam alterar o cenário pós-operação de negócios já consumados, o que ocorria como regra na Antiga Lei de Defesa da Concorrência, mas que continua acontecendo sob a vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência em casos de (i) consumação antecipada da operação, (ii) descumprimento de ACC, e (iii) revisão judicial de decisões em atos de concentração.

Da análise dessas decisões, conclui-se que, em qualquer cenário, a capacidade de *enforcement* da autoridade concorrencial é extremamente reduzida em relação a operações já consumadas. Em todos os casos analisados, as decisões que determinaram a desconstituição ou a aplicação de remédios a operações já implementadas não foram cumpridas até o momento. Esse é o cenário que se impõe diante da revisão judicial de decisões do Cade em atos de concentração.

De todo modo, pressuposto fundamental da análise de atos de concentração é a segurança jurídica com vistas a garantir a viabilidade da atividade empresarial. Não é possível assegurar que a decisão emitida

pela autoridade concorrencial será final e irreversível, considerando a inafastabilidade do controle jurisdicional e a necessidade de duplo grau de jurisdição. No entanto, entende-se que ao menos deve ser respeitado o prazo de análise estabelecido pela Lei 12.529/2011, que é de 330 dias. Esse prazo deve vincular tanto as autoridades administrativas, quanto judiciais, que devem trabalhar para garantir uma decisão final antes do esgotamento desse prazo.

Por fim, foi analisado o sistema de controle de estruturas da UE, que determina a análise prévia de concentrações, e a revisão de decisões relacionadas a atos de concentração, que cabe ao TJUE, na experiência europeia. Naquela jurisdição, a revisão das decisões em atos de concentração pode acontecer por incompetência, violação de formalidades essenciais e violação dos Tratados da UE ou de qualquer norma jurídica proferidas por diversos órgãos da UE, incluindo a Comissão Europeia.

A extensão da análise judicial das decisões da autoridade concorrencial europeia difere da experiência brasileira. A análise do TJUE sobre as decisões em atos de concentração não está restrita à legalidade ou à forma da análise realizada pela Comissão Europeia (responsável pela análise dos atos de concentração). O TJUE tem também competência para revisar o mérito das decisões, e um dos critérios para revisão judicial das decisões da Comissão Europeia é a ponderação sobre entraves significativos no mercado interno ou em parte dele decorrentes da decisão da Comissão Europeia em atos de concentração. Ou seja, a análise de mérito não é apenas permitida, mas incentivada na experiência europeia.

A legitimidade para propor ações que dizem respeito à necessidade de revisão judicial de atos de concentração perante o TJUE também é mais ampla do que o rol de entes legitimados pela legislação brasileira, e tem outro viés de seleção. No Brasil, apenas os entes incluídos no rol taxativo da Lei nº 7.347/1985 podem requerer a revisão judicial dos atos de concentração, uma vez que seriam esses os entes interessados na proteção de direitos difusos, o que lhes confere legitimidade para propor ações que pretendem reverter decisões do Cade e assegurar a concorrência como bem jurídico tutelado. Na EU, por outro lado, quaisquer pessoas naturais ou jurídicas podem requerer revisão de decisões em atos de concentração, por meio da interposição de recursos, desde que os efeitos deste ato lhe atinjam diretamente.

Na jurisdição europeia há preocupação com o tempo de análise até uma decisão final relacionada às concentrações econômicas, que levou à adoção de procedimento de tramitação acelerada para garantir uma decisão em tempo hábil. Também foi instituída a possibilidade de compensação financeira por danos sofridos em decorrência da atuação das instituições da UE, aplicável à análise de atos de concentração. Assim, as partes – ou terceiros – afetados negativamente por uma decisão da Comissão Europeia têm a possibilidade de buscar compensação pelo ônus suportado.

Ambas as ferramentas poderiam ser implementadas na experiência brasileira para assegurar (i) uma análise final e irreversível de concentrações, condizente com o dinamismo dos mercados e da atividade empresarial, e (ii) mecanismos de compensação por decisões do Cade, ou mesmo por decisões judiciais, que errônea e injustificadamente prejudiquem as partes.

6. Referências

BAY, Matteo; CALZADO, Javier Ruiz; WEITBRECHT, Andreas. *Judicial review of mergers in the EU and the 'fast track' procedure*. Disponível em: https://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1418_1.pdf. Acesso em 30 de abril de 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BLOCKX, Jan; RENSHAW, Andrew. *Judicial review of merger in the EU*. Disponível em: https://www.hoganlovells.com/~media/hoganlovells/pdf/publication/judicial-review-of-mergers-in-the-eu_pdf.pdf. Acesso em 30 de abril de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Patricia S., MATTOS, César. *Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade in Revista de Defesa da Concorrência*, 2016.

EUROPEAN COMMISSION. *Case Referral Notice (2005)*, p. 7, § 28. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&from=EN). Acesso em 30 de abril de 2021.

ELLIOT, Porter; VAN ACKER, Johan; GORDLEY, Catherine. Merger control in the EU: overview. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em 30 de abril de 2021.

FOUNTOUKAKOS, Kyriakos. Judicial review and merger control: the CFI's expedited procedure. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2002_3_7.pdf. Acesso em 30 de abril de 2021.

FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2005

JOURDAN, Jérémie. Too late for a fix? Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/too-late-fix>. Acesso em 30 de abril de 2021.

OECD. Judicial Enforcement of Competition Law. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/1919985.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Direito da concorrência e o poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SHAPIRO, Mario G. e Bacchi Fabiana M.; Análise dos AOs de Concentração no Brasil: Forma, Função e o Incrementalismo Reformista do Cade in Direito econômico concorrencial, Saraiva Educação S.A., 2017.

STRAUBE, Adriana L.C.; Acordos Administrativos no Direito Concorrencial Brasileiro in Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática. Grupo Almedina, 2020.

VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a Aplicação da Lei Antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Estudos em homenagem ao ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva, 2001.

PARTE 2 - INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

2. ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE E O CASO IFOOD: PLATAFORMAS DIGITAIS E A PANDEMIA DE COVID-19 NA ANÁLISE ANTITRUSTE DE CONDUTAS

2. EXCLUSIVITY AGREEMENTS AND THE IFOOD CASE: DIGITAL PLATFORMS AND THE COVID-19 PANDEMIC IN ANTITRUST CONDUCTS REVIEW

Fernanda Lopes Martins; Isabella Dorigheto Miranda

Resumo: Os acordos de exclusividade inserem-se nas condutas unilaterais que podem ser adotadas por agentes econômicos na relação empresarial. Caracterizam-se como prática de integração vertical e, assim, podem assumir relevância sob o aspecto concorrencial. Nessas situações, a autoridade antitruste deve realizar análise de seus potenciais benefícios e prejuízos, considerando a realidade do mercado. No Brasil, tal tarefa recai sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tendências e modificações que impactam as relações consumeristas podem alterar também as práticas de competição entre as firmas, bem como levantar desafios à aplicação das ferramentas tradicionais da análise antitruste. Nesse cenário, este artigo elegeu o Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47, originado de denúncia da Rappi contra o iFood, para identificar as problemáticas impostas pelo cenário de crescimento das plataformas digitais e de impactos da pandemia de COVID-19 na análise antitruste dos acordos de exclusividade. Por meio de abordagem indutiva, utilizando a técnica de revisão bibliográfica e a apreensão de fontes documentais indiretas, tem-se o intuito de contribuir para o desenvolvimento da atuação administrativa na defesa da concorrência nacional frente aos questionamentos cabíveis às plataformas digitais. Conclui-se pela necessidade de análise pormenorizada da realidade que permeia a adoção dos acordos de exclusividade pelos agentes econômicos, considerando a primazia dos princípios constitucionais de livre concorrência e livre iniciativa, bem como das particularidades dos mercados digitais quanto às características das plataformas transacionais, o que pode requisitar uma nova percepção sobre conceitos chave do exame antitruste. Assim, o debate ultrapassa as críticas à Escola de Chicago e a aplicação da ótica de eficiências econômicas, dado que tal análise deve ser complementada pela diligência na apreensão dos dados e características específicas do universo digital.

Palavras-chave: direito antitruste; plataformas digitais; acordos de exclusividade; iFood.

Abstract: Exclusivity agreements are unilateral conducts that can be adopted by economic agents in the business relationship. They are defined as a practice of vertical integration and, therefore, can assume relevance in a competitive aspect. In these situations, the antitrust authority must carry out an analysis of its potential benefits and losses, considering the market's reality. In Brazil, this task is the Administrative Council for Economic Defense's responsibility. Trends on consumer relations can also change the practices of competition between firms, as well as raise challenges to the application of antitrust analysis' traditional tools. In this scenario, this article chose Administrative Inquiry 08700.004588/2020-47, instigated by Rappi's complaint against iFood, to identify the problems imposed by the current situation of digital platforms' growth and the impacts of the COVID-19 pandemic in the antitrust analysis of exclusivity agreements. Through an inductive approach, by a bibliographic review and using indirect documental sources, the intention is to contribute to the development of administrative action in the defense of national competition when confronted with questions about digital platforms. The conclusion was the need for a detailed analysis of the reality that surrounds the adoption of exclusivity agreements by economic agents, considering the constitutional principles of free competition and free initiative primacy, as well as the particularities of digital markets when it comes to transactional platforms, which may require a broader approach on main antitrust concepts. Thus, the debate goes beyond the criticisms to the Chicago School and the economic efficiency viewpoint, since the analysis must be complemented by the diligence in seizing the data and specific characteristics of the digital universe.

Key words: antitrust law; digital platforms; exclusivity agreements; iFood.

1. Introdução

No ano de 2020, algumas das investigações antitruste instauradas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) trouxeram a temática dos acordos de exclusividade ou programas de descontos, os quais poderiam comprometer a concorrência em determinados mercados. São exemplos as vendas online de passagens

rodoviárias¹ e negociação de direitos de transmissão de futebol², exemplificando a diversificação dos cenários envolvidos.

Não obstante o aumento de investigações dessas condutas unilaterais, a autoridade antitruste brasileira já havia analisado práticas similares, a exemplo do Processo 08012.007423/2006-27. Nele, questionava-se os efeitos concorrenciais da celebração de acordos de exclusividade pela Kibon no mercado de sorvetes. Apesar de o caso ter sido iniciado em 2006, sua resolução ocorreu apenas em 2018, quando o Tribunal do Cade decidiu pela aplicação de multa. Para tanto, considerou principalmente a posição dominante da empresa como determinante para potencial fechamento de mercado e/ou criação de barreiras à entrada de rivais³. Nesse cenário, o aumento de investigações pode estar relacionado a alterações nas relações de consumo, refletidas na interação das empresas com os demais participantes da cadeia produtiva e com seus consumidores finais.

Particularmente, o ano de 2020 trouxe com a pandemia de Covid-19, além de incontáveis danos humanitários, grande alteração nas relações de consumo. Essa mudança se reflete não apenas no nível de consumo, mas na interação entre consumidores e fornecedores - marcada cada vez mais pela tendência de digitalização. As pequenas empresas de produtos básicos, essenciais ou não, tiveram de se adaptar ao necessário isolamento social, investindo em novas tecnologias e plataformas para possibilitar a manutenção de suas vendas e captar novos clientes.

Bares e restaurantes, que antes contavam com a infraestrutura física como estratégia principal para oferecer aos clientes seus produtos e serviços, se viram obrigados a encontrar uma alternativa para que pudessem chegar a seus consumidores. Dentre as possibilidades, destacou-se o uso de plataformas digitais, com principal atenção para o já

¹ DA REDAÇÃO. Cade instaura investigação contra Clickbus por esquema anticoncorrencial. Veja, 29 de janeiro de 2020. Disponível em <https://veja.abril.com.br/tecnologia/cade-instaura-investigacao-contraclickbus-e-bematech-totvs-por-esquema-anticoncorrencial/>. Acesso em abril de 2021.

² LEISTER FILHO, Adalberto. Cade instaura inquérito sobre direitos de transmissão do futebol. CNN Brasil, 25 de setembro de 2020. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/2020/09/25/cade-instaura-inquerito-sobre-direitos-de-transmissao-do-futebol>. Acesso em abril de 2021.

³ Cade condena Unilever por contratos de exclusividade no mercado de sorvetes. Revista Consultor Jurídico, 16 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-16/cade-condena-unilever-contratos-exclusividade-kibon>. Acesso em abril de 2021.

conhecido iFood, aplicativo que permite realizar pedidos de refeições e produtos de supermercados próximos ao usuário pelo *smartphone*.

Esse modelo de negócio, como a maioria das plataformas digitais, é marcado pela atuação nas duas pontas do mercado (*two-sided market*): o aplicativo conecta restaurantes aos clientes. Para que o fornecedor possa oferecer seus produtos, é necessário cadastro específico e assinatura de contrato com o iFood. Com esse mesmo *modus operandi* existem plataformas rivais, mas em 2020 dados indicavam que o iFood teria algo entre 75% a 79% do mercado⁴⁻⁵, o que pode ser sinal de sua prevalência.

O iFood realiza, a exemplo da conduta coibida pelo Cade no caso Kibon, acordos de exclusividade com restaurantes que considera estratégicos. Por meio deles, o fornecedor fica impedido de utilizar plataformas concorrentes. Essa conduta fez com que a Rappi, empresa concorrente, apresentasse denúncia ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ocasionando a instauração de inquérito administrativo, em curso desde 2020 (Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47).

O presente trabalho, a partir de metodologia exploratória com abordagem indutiva, pautada em revisão bibliográfica e análise documental indireta⁶, se presta a analisar a dinâmica entre a crescente

⁴ VALENTI, Graziella. Rappi perde usuários ativos em 2020 e pós-pandemia desafia plataformas. Exame, 19 de dezembro de 2020. Disponível em <https://exame.com/exame-in/rappi-perde-usuarios-ativos-em-2020-e-pos-pandemia-desafia-plataformas/>. Acesso em abril de 2021.

⁵ O uso de *market share* como medição de poder de mercado para cenários digitais tem sido problematizado na literatura, dadas suas características particulares. Nesse sentido “O uso de *market share* para medir preliminarmente a probabilidade de poder de mercado deve ser reendereçada”. Cf. OECD. Merger Review in Emerging High Innovation Markets. Competition Law and Policy OECD. OECD, 2005. p. 86. Importante ressaltar que o uso de parcela de mercado como indicio foi contestado pelo iFood em sua manifestação: “Em um cenário como esse, o valor da participação de mercado em determinado momento deixa de ser um indicador relevante para se atribuir força competitiva a um determinado player. Afinal, nesse tipo de dinâmica competitiva, qualquer suposto poder de mercado é tempestiva e rapidamente contestado por novos modelos de negócios disruptivos e/ou serviços percebidos pelo consumidor como sendo de maior valor agregado/qualidade”. Cf. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Brasília, DF, 2020.

⁶ Adota-se a definição de Antonio Carlos Gil, para quem seriam pesquisas exploratórias aquelas desenvolvidas com o “objetivo de proporcionar visão geral, de

digitalização dos mercados e a posição do iFood nesse contexto, examinando a demanda levada à autoridade da concorrência pela Rappi. Considera-se, para tanto, a aceleração da tendência de digitalização, impulsionada pela pandemia de COVID-19. É notório que os negócios, e em especial o segmento de bares e restaurantes, passaram a depender mais das plataformas digitais, mas o debate em tela vai além, trazendo à tona a questão controversa sobre a utilização de acordos de exclusividade por essas plataformas e os seus efeitos concorrenciais.

2. O caso iFood: desafios das plataformas digitais

A principal função do aplicativo iFood é a entrega de refeições. Sem que seja necessária qualquer locomoção do usuário, ele coloca à disposição uma lista de estabelecimentos, com seus respectivos pratos acompanhados de descrição, tempo estimado de entrega e preços, pelo aparelho celular. Para realizar o pedido, não há qualquer tipo de contato com outra pessoa, de maneira que o negócio é efetivado completamente no ambiente digital. Do ponto de vista do usuário final, qual seja, o consumidor da refeição, o modelo de negócios da plataforma parece de simples entendimento. Por outro lado, como se dá a inserção dos restaurantes no aplicativo?

A fundamental necessidade de captação de estabelecimentos dispostos a fornecer seus produtos digitalmente é o que faz com que o iFood seja caracterizado como um mercado de dois lados⁷. Para além dos consumidores, os próprios restaurantes tornam-se usuários. A plataforma serve como uma estrutura de conexão entre estabelecimento e

tipo aproximativo, acerca de determinado fato” e que “habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental”. Cf. GIL, Antonio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 27.

⁷ Segundo o *paper* “Two-Sided Market”, de Rochet e Tirole, mercados de dois lados são definidos como mercados em que uma ou várias plataformas permitem interações entre os usuários finais (tradução livre), ou seja, uma estrutura que garanta o encontro de ambos consumidores finais, como no caso das revistas, canal de TV ou rádio, que necessitam atrair tanto os leitores, ouvintes, espectadores, quanto os anunciantes. Cf. ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided market: an overview. Mar., 2004. Disponível em https://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf. Acesso em abril de 2021; e PAIXÃO, Ricardo F.; D'ALVARENGA, Marcelo C. R. Deschamps; SILVEIRA, José Augusto G. da. Mercados de dois lados. GV Executivo, v. 5, n. 1, p. 25-29, fev./abr. 2006. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/34365>. Acesso em abril de 2021.

consumidor, de forma que o sucesso de seu modelo de negócios é dependente da capacidade de atração que a solução digital assume para esses dois lados. Quanto mais restaurantes fizerem parte da operação comercial, maior a probabilidade de atendimento e atração aos consumidores, de forma que o funcionamento adequado do aplicativo depende da base de usuários.

Fundado em 2011, o iFood detinha, em 2020, uma fatia entre 75% e 79% do *marketshare* de plataformas de pedidos de comida no Brasil em comparação às rivais, como Rappi e UberEats⁸. A digitalização de um serviço já conhecido - o *delivery* de comida - e a inclusão de diversas possibilidades aos consumidores finais em um mesmo ambiente virtual possibilitaram rápido crescimento. Foram acrescentadas também funcionalidades específicas, como cupons de desconto, formas alternativas de pagamento online e consulta a opiniões de consumidores prévios⁹, separando o modelo de negócio da simples entrega de refeições. Entretanto, o fortalecimento da plataforma, de acordo com concorrentes, não é derivado apenas de eficiências exclusivas, o que levou à instauração de denúncias no Cade e ao Inquérito Administrativo objeto deste estudo.

2.1. O Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 no Cade

Em 2020, a Rappi ofertou denúncia contra o iFood no Cade para apuração de condutas anticoncorrenciais pelo estabelecimento de acordos de exclusividade com restaurantes. O principal argumento é de que a representada possui posição dominante no mercado, a qual utiliza para restringir a concorrência (potencial e/ou efetiva)¹⁰, impedindo os estabelecimentos de utilizarem os serviços de plataformas de escopo similar.

⁸ VALENTI, Graziella. Rappi perde usuários ativos em 2020 e pós-pandemia desafia plataformas. Exame, 19 de dezembro de 2020. Disponível em <https://exame.com/exame-in/rappi-perde-usuarios-ativos-em-2020-e-pos-pandemia-desafia-plataformas/>. Acesso em abril de 2021.

⁹ MARQUES, Joyce Cryslei. Push Marketing Notification: uma análise da estratégia utilizada pelo iFood. Monografia (Bacharelado em Relações Públicas) - Faculdade de Informação e Comunicação, Universidade Federal de Goiás, 2019. p. 29.

¹⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Cade impede iFood de celebrar novos contratos de exclusividade com restaurantes. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-impede-ifood-de-celebrar-novos-contratos-de-exclusividade-com-restaurantes>. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 10 de março de 2021. Acesso em abril de 2021.

Na análise do mercado, destaca-se inicialmente o *market share* detido pela plataforma, que, conforme enunciado, chegava perto de 80% no ano de 2020, demonstrando maior interesse dos consumidores finais. Pesquisa no site *Google Trends*, ferramenta de tendências do Google, pelo interesse nos termos “ifood”, “rappi” e “ubereats” para os últimos 12 meses dentro da categoria de “Comida e bebida” parece apontar resultado que reforça esse entendimento:

Gráfico 1: Busca pelos termos “ifood”; “ubereats” e “rappi” nos últimos 12 meses

Fonte: autoria da pesquisa via *Google Trends*, 2021¹¹.



Sendo a linha azul representante do interesse pelo termo “ifood” e as demais, “rappi” e “ubereats”, vê-se que o interesse do público com acesso à internet na principal ferramenta de busca *online* comprova o resultado do levantamento de *market share* apresentado. Do ponto de vista do interesse consumerista, é clara a posição de prevalência frente aos concorrentes. Explicitada a posição do iFood, faz-se necessário destacar que a Rappi deu foco em sua denúncia particularmente à celebração de acordos de exclusividade com restaurantes como conduta anticoncorrencial.

¹¹ De acordo com a ferramenta *Google Trends*, “os números representam o interesse de pesquisa relativo ao ponto mais alto no gráfico de uma determinada região em um dado período. Um valor de 100 representa o pico de popularidade de um termo. Um valor de 50 significa que o termo teve metade da popularidade. Uma pontuação de 0 significa que não havia dados suficientes sobre o termo”. Cf. GOOGLE. *Google Trends*. Disponível em <https://trends.google.com.br/trends/?geo=BR>. Acesso em abril de 2021.

Da alegada conduta, a Rappi elencou como principais efeitos o fechamento do mercado para as demais plataformas concorrentes e o incremento das barreiras à entrada, em razão do longo período de duração desses contratos e das multas contratuais inseridas. Tais condições representariam uma diminuição da possibilidade de os restaurantes escolherem outras plataformas ou, até mesmo, participar de várias simultaneamente, o que minaria a possibilidade de concorrência no setor e diminuiria opções também para os clientes finais. Ao assinar o acordo, o estabelecimento obteria vantagens comerciais na plataforma da iFood, como maior exposição nos *layouts* do aplicativo¹².

O iFood se defendeu da alegação afirmando ausência de fundamentos nos argumentos da Rappi. Para a denunciada, a dinamização do mercado de *delivery* de comida contempla “diversos modelos de negócio”, de forma que os acordos de exclusividade funcionariam como incentivos para que a própria plataforma invista em seus restaurantes parceiros, evitando efeito *free rider*¹³ futuro. Como dito em sua própria manifestação, “trata-se de prática comum no mercado pois garante que a plataforma possa promover alguns restaurantes em sua plataforma sem ser vítima de comportamento oportunista de concorrentes e dos próprios restaurantes”¹⁴.

O oferecimento de denúncia pela Rappi teria, portanto, o intuito de obter vantagem competitiva no mercado por meio da concessão de medida protetiva para que o iFood cessasse a prática de acordos de exclusividade até o final da análise pelo Cade. No entendimento da

¹² IFOOD. E-mail iFood (Resp. ao Of. 7609/2020). In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Brasília, DF, 2020. p. 36.

¹³ Cooter e Ulen explicam a situação de *free rider* como aquela em que alguns se beneficiam de uma situação custeada por outros. Nesse sentido, alguns serviços geram externalidades que podem ser aproveitadas por usuários que não participaram da arrecadação de recursos utilizados para sua implementação. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6 ed. Boston: Pearson, 2012, p. 41. Para o iFood, o investimento em restaurantes parceiros poderia gerar maior visualização e renda para eles que, sem os acordos de exclusividade, poderiam optar pelos serviços de plataformas concorrentes antes que o aplicativo tivesse obtido o retorno dos valores investidos. Nesse cenário, outros participantes do mercado seriam beneficiados pelos investimentos realizados.

¹⁴ IFOOD. E-mail iFood (Resp. ao Of. 7609/2020). In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Brasília, DF, 2020. p. 36.

representada, a Rappi se aproveitaria da concessão da medida para atingir resultados que não conseguiria por sua própria eficiência empresarial.

Importante destacar também a participação na demanda de restaurantes, na condição de usuários da plataforma. A Associação Brasileira de Bares e Restaurante (Abrasel) apresentou ao Cade, em dezembro de 2020, outra denúncia contra o iFood, pela mesma conduta. Para a entidade, a pandemia tornou as plataformas de *delivery* mais relevantes, dado o fechamento dos estabelecimentos físicos que impediram o acesso direto dos consumidores finais aos produtos oferecidos. Nesse cenário, os acordos de exclusividade com o iFood tornaram-nos dependentes dos serviços do aplicativo¹⁵, sem o qual a manutenção da atividade seria dificultada. No inquérito administrativo aqui resumido, a Abrasel foi considerada como interessada, em conjunto com a Associação Nacional de Restaurantes.

Na análise preliminar, a Superintendência Geral do Cade decidiu pela concessão de medida preventiva contra o iFood. A Rappi havia solicitado a suspensão das obrigações de exclusividade entre iFood e restaurantes parceiros, bem como a abstenção de tratamento discriminatório entre eles, o que, no entendimento da empresa, diminuiria as barreiras de entrada. Tal pedido encontrou apoio de solicitação da Abrasel, baseada na dependência dos restaurantes da plataforma do iFood no cenário pandêmico.

Ao analisar a questão, a Superintendência argumentou que ela estaria baseada na proteção do bem-estar coletivo, não de participante único do mercado. Assim, decidiu-se pela existência de suficientes probabilidade do direito e perigo na demora que justificassem a imposição de medida preventiva, de maneira que o iFood (i) se abstenha de praticar novos acordos de exclusividade até a decisão final do Cade, tanto com restaurantes que já compõem seu *marketplace* quanto com novas prospecções; (ii) possa renovar contratos com cláusulas de exclusividade já existentes com limitação temporal de um ano, até a decisão final do Cade; e (iii) não negocie novas cláusulas de exclusividade em contratos subsequentes à vigência dos acordos sem

¹⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Cade impede iFood de celebrar novos contratos de exclusividade com restaurantes. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-impede-ifood-de-celebrar-novos-contratos-de-exclusividade-com-restaurantes>. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 10 de março de 2021. Acesso em abril de 2021.

exclusividade. Importante ressaltar que não houve a suspensão das obrigações de exclusividade já estabelecidas.

Até a conclusão deste artigo, permanece vigente a medida preventiva que, em resumo, impede a celebração de novos acordos de exclusividade por parte da iFood até decisão final do Cade, com intuito de evitar danos irreversíveis ao ambiente concorrencial.

2.2. Particularidades do modelo das plataformas digitais

Ao lidar com a evolução dos negócios e os modelos implementados pelas plataformas, o direito concorrencial enfrenta novos desafios. A princípio, deve-se assumir que qualquer intervenção regulatória deve ser estritamente necessária e justificável¹⁶, de forma que é necessário conhecer as particularidades do mercado para não inibir condutas sem a devida análise setorial.

Apesar de o Cade já ter se manifestado com relação a acordos de exclusividade, como no caso Kibon, a inserção da conduta no cenário das plataformas digitais requer maior atenção. Saito destaca, nesse sentido, que os setores *web-based* (ou “pontocom”) despontam como preocupação para as autoridades concorrenciais. Os negócios desenvolvidos nesse ambiente se diferenciariam dos demais por se basearem “exclusivamente, ou quase exclusivamente, em serviços providos por meio de *sites* hospedados na Internet”¹⁷.

O aumento de aplicativos para *smartphones* e a ampliação do mercado de venda de tais celulares incrementou ainda mais tais particularidades. Por tal ferramenta, é possível acessar diversos negócios com apenas um clique, a qualquer momento e em qualquer lugar. Tem-se, dessa forma, um modelo de negócios que não necessariamente está adstrito a barreiras geográficas, como era de costume previamente - tanto considerando sua localização física quanto o alcance de seus serviços. No cenário atual, o tempo que o consumidor despense em plataformas

¹⁶ DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. Livre Iniciativa, Livre concorrência e Democracia: valores Constitucionais indissociáveis do Direito Antitruste? In. NUSDEO, Fabio. (Coord.); PINTO, Alexandre Evaristo. A Ordem Econômica Constitucional: estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: RT, 2019, p. 111-130.

¹⁷ SAITO, Leandro. Antitruste e Novos Negócios na Internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2016. p. 7.

digitais é, também, um recurso a ser considerado: a atração torna-se essencial para que seja possível a construção de uma base de usuários que permita retorno dos investimentos e promova o crescimento dos aplicativos.

Na construção de plataformas digitais, não é incomum que se encontrem estruturas de múltiplos lados (*multisided platforms*), como o iFood. Tais ferramentas baseiam suas estruturas na interação entre duas ou mais partes de um mercado, de forma que a empresa possa alocar seus esforços de captação e investimentos em ambos. Ao unir vários lados de um mercado, as plataformas facilitam o contato entre fornecedores e consumidores finais, assumindo caráter transacional ao conectar interesses distintos; e passam a ser necessárias e/ou úteis para um maior número de usuários.

Assim, é legítima a preocupação quanto ao possível aumento de barreiras à entrada nos mercados digitais ocasionado por conduta de firma que já tenha relevante parcela do mercado. O Cade ressaltou, por exemplo, que a caracterização como plataforma de múltiplos lados em um mercado digital do iFood pode levar a fenômenos como o *tipping*¹⁸. O sucesso de negócios desenvolvidos em ambientes digitais não é garantido¹⁹, de forma que ser o primeiro a alcançar relevante base de usuários representa uma vantagem competitiva com repercussões posteriores. Soma-se a tal fato o entendimento de que “a agressividade competitiva é considerada uma importante característica no contexto do empreendedorismo”²⁰, o que pode levar à adoção de condutas anticoncorrenciais como estratégia empresarial.

¹⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Brasília, DF, 2020. Sobre o fenômeno *tipping*, Caio Mario da Silva Pereira Neto et. al. explicam o fenômeno de *market tipping* como aquele que ocorre “quando uma plataforma se torna mais relevante do que todos seus competidores, naturalmente assumindo uma posição dominante”. Cf. LORENZETTI, Marcella Abras; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; RENZETTI, Bruno. Antitruste 2.0: direito da concorrência em plataformas digitais. In: 24.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2018, Campos do Jordão. (Apresentação), p. 2.

¹⁹ YUN, John M. Potential Competition, Nascent Competitors and Killer Acquisitions. SSRN Electronic Journal, 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3733716>. Acesso em abril de 2021. p. 661.

²⁰ BOISSIN, Jean-Pierre; FREITAS, Henrique Mello Rodrigues de; MARTENS, Cristina Dai Prá; RAMOS, Anália Saraiva Martins. Práticas de Agressividade Competitiva em Empresas do Setor de Software do Rio Grande do Sul: um estudo

Ao agir como *first-mover*, ou seja, pioneiro no mercado, a plataforma pode se aproveitar da captação primária de um lado do mercado, que irá sustentar o outro. Veja-se: ao captar restaurantes, tem-se maior atração para os consumidores; e vice-versa. Apesar de representar a dinâmica dos mercados de plataformas digitais, tem-se já delineada uma barreira ao ingresso e atuação de novos concorrentes, que pode ser aumentada por condutas do pioneiro. Soma-se a isso a presença de efeitos de rede e a captura de dados que passa a alimentar a condução e formulação da plataforma, e a diferença entre os concorrentes pode se tornar muito grande para que novos competidores tenham incentivos para participar do mercado. Forohaar destaca, por exemplo, que o aumento das plataformas de tecnologia tem sido ligado a um declínio no crescimento de novos negócios e à redução de oportunidades para empresários. Isso aconteceria em parte porque tais plataformas atuariam em novas linhas de negócio mais rápido do que os negócios tradicionais - e, em particular, os de pequeno porte. Além disso, a autora ressalta que, quando a plataforma atinge uma posição dominante, é improvável que os usuários migrem para outras. Isso envolveria altos “custos de troca”²¹.

Nesse cenário, a adoção de condutas como a imposição de acordos de exclusividade pode representar aumento de barreiras à entrada e diminuição concorrencial. Ao passo que um lado do mercado passa a ser tanto fornecedor quanto cliente da plataforma, ele se vê minado de uma parcela de seu poder de escolha: as características dos mercados digitais já o impulsionam para a escolha daquela que detenha a maior base de usuários; o acordo de exclusividade, a depender dos termos impostos, o delimita a ela. Tem-se, ao final, uma situação que envolve tanto a análise do poder econômico crescente da plataforma quanto das tendências de digitalização que, hoje, perpassam a maioria dos mercados.

Destaca-se que, na análise de caso prévio, o Cade já havia se manifestado sobre a possibilidade de que acordos de exclusividade celebrados pudessem representar conduta anticoncorrencial no mercado de plataformas digitais de *delivery*:

“Por mais que a base de restaurantes disponíveis seja bastante fragmentada, contratos de exclusividade entre a iFood e grandes redes (com alta visibilidade e maior

exploratório com executivos. Revista de Ciências da Administração. vol. 15. n. 36. 2013. pgs. 211-227. p. 212.

²¹ FOROOHAR, Rana. Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles - and all of us. Nova Iorque: Currency, 2019. p. 179.

capacidade de atrair consumidores) podem também servir como barreiras à entrada de novos agentes. A impossibilidade de oferecer alguns restaurantes-chave no cardápio de estabelecimentos pode diminuir a atratividade de plataformas rivais para os consumidores finais²².”

Denota-se que a autoridade já estava ciente de potenciais riscos. Na ocasião, contudo, considerou-se que “a alta fragmentação do mercado de restaurantes dificulta o fechamento desse mercado para outras plataformas a partir de contratos de exclusividade”. Entretanto, passados três anos, o avanço das plataformas digitais e as modificações nas relações de consumo, impulsionadas em grande parte pelas limitações impostas pela pandemia de COVID-19, há verdadeira preocupação concorrencial a se considerar. Necessário, portanto, evidenciar como a digitalização é tendência que tem sido acelerada.

3. Digitalização e Pandemia

Como se tratou brevemente na seção anterior, o ano de 2020 foi marcado mundialmente pelo cenário pandêmico gerado pela disseminação do “Novo Coronavírus” (Sars-Cov-2), responsável pela Covid-19²³. Pelo menos desde março de 2020, no Brasil os governos estaduais iniciaram as medidas de “quarentena”, reduzindo as atividades

²² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Ato de Concentração 08700.007262/2017-76. Brasília, DF, 2017.

²³ Desde 05 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde informou, pela primeira vez, sobre os casos de pneumonia de causa ainda desconhecida; em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto do Sars-Cov-2 se tratava de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), com casos em 19 países; em 11 de março de 2020, a Organização já declarou a pandemia do novo coronavírus. Cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION. Pneumonia of unknown case - China, 5 de janeiro de 2020. Disponível em <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/>. Acesso em abril de 2021; UNA-SUS. Organização Mundial da Saúde declara pandemia do novo CoronaVírus, 11 de março de 2020. Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em abril de 2021; OPAS-BRASIL. OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em abril de 2021.

comerciais e eventos, para se evitar a contaminação e disseminação do vírus²⁴.

Essas medidas, que foram e ainda são mais ou menos restritivas a depender do estado, do nível de contaminação e de comprometimento do sistema de saúde em um ou outro período, trouxeram consigo inúmeras mudanças na rotina da população. Praticamente toda a vida do brasileiro passou a ser *online*: as aulas por meio das plataformas de videoconferências tornaram-se protagonistas na educação, desde o infantil até o ensino superior (Educação à Distância - EAD); eventos de todas as categorias - shows, conferências profissionais, eventos acadêmicos - foram transferidos da modalidade presencial para a digital ou cancelados; nos órgãos públicos, sessões, audiências, reuniões públicas, tudo transformou-se para que fossem transmitidos online. O intuito era e ainda é preservar a população o quanto possível dentro das suas casas, evitando contato físico para redução dos riscos de contaminação da doença.

Essa situação gerou uma necessidade inegável de digitalização de quase todos os setores e aspectos da sociedade, que se viu obrigada a se adaptar às tecnologias. É claro que muito antes do caos gerado pela pandemia, a digitalização era uma realidade visível no mundo todo, inclusive no Brasil.

Em janeiro de 2019, segundo o Relatório Digital 2019, da *We Are Social* e da *Hootsuite*, mais de 149 milhões de brasileiros eram usuários da *internet*, e destes, 68% realizaram alguma compra de produto ou serviço *online*. Um ano depois, em janeiro de 2020, os usuários da *internet* cresceram para 150,4 milhões de brasileiros, um crescimento de 6% em relação a janeiro de 2019. Destes usuários, 70% realizam compras online, um crescimento de 2% com relação ao ano anterior. No setor específico de comida e cuidados pessoais, o crescimento do *e-commerce* foi de quase 3% com relação a janeiro de 2019. É notória, portanto, a expansão do comércio eletrônico no país, desde antes do cenário pandêmico.

²⁴ Dados sobre como cada estado tem lidado com as recomendações de distanciamento social podem ser consultados em levantamento da Agência Brasil. Cf. VALENTE, Jonas. Covid-19: veja como cada estado determina o distanciamento social. AgênciaBrasil, 01 de abril de 2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-distanciamento-social>. Acesso em abril de 2021.

Os resultados da nítida ampliação da digitalização dos brasileiros e do *e-commerce* são percebidos pelos 160 milhões de usuários da *internet* em janeiro de 2021, um crescimento de 9,6 milhões ou 6,4% em relação ao ano anterior. Já com relação ao *e-commerce*, o crescimento foi de 6% se comparado a janeiro de 2020: o percentual de usuários que realizaram compras *online* saltou de 70% para 76%. Especificamente no setor de alimentos e cuidados pessoais, o crescimento foi ainda mais significativo, comparativamente com o ano de 2020: um crescimento de 27,1%²⁵.

Esses dados são corroborados pela realidade que se observa diante do fechamento ou restrições impostas aos restaurantes e bares em razão das medidas sanitárias tomadas em 2020. Se a expansão do mercado *online* de pedidos de comida já era notória, a pandemia tratou de acelerar ainda mais esse crescimento. Dentro desse contexto, as famosas plataformas iFood, Rappi e UberEats tornaram-se aplicativos aliados aos consumidores na hora das refeições.

Como dito, o crescente aumento da utilização de aplicativos para *smartphones* teve um grande salto especialmente no cenário de isolamento imposto pela pandemia. O que se observa é uma expansão do modelo de negócios que surpasse as barreiras geográficas, inerentes aos mercados tradicionais.

Esse cenário acaba exigindo atualização e inovação no Direito Antitruste para lidar com o dinamismo dos mercados, que usam intensivamente novas tecnologias e interligam serviços diversos para se adequar às necessidades das relações de consumo, desafiando os tradicionais conceitos antitruste. É pertinente que os mecanismos do Direito da Concorrência acompanhem as particularidades e os novos desafios delas decorrentes, adaptando-se ao novo ambiente de mercado (digital) e aos potenciais efeitos antitruste, tanto de novos tipos de condutas, como das condutas unilaterais exclusionárias tradicionais²⁶.

²⁵ Dados obtidos nos relatórios presentes no Data Reportal para 2019, 2020 e 2021 e no Relatório Digital 2019. Cf. HOOTSUITE; WE ARE SOCIAL. Digital in 2019. Disponível em <https://wearesocial.com/global-digital-report-2019>. Acesso em abril de 2021; KEMP, Simon. Digital 2019: Brazil, 31 de janeiro de 2019. Disponível em <https://datareportal.com/reports/digital-2019-brazil>. Acesso em abril de 2021.

²⁶ LORENZETTI, Marcella Abras; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; RENZETTI, Bruno. Antitruste 2.0: direito da concorrência em plataformas digitais. In: 24.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2018, Campos do Jordão. (Apresentação), p. 1; SAITO, Leandro. Antitruste e Novos

É imprescindível para o antitruste compreender as peculiaridades do mercado das plataformas digitais (inseridas em uma estrutura de rede), como os efeitos e as externalidades de rede. Os efeitos de rede (*network effect*) se caracterizam como um “fenômeno segundo o qual o valor da participação individual de cada membro aumenta de acordo com número de participantes de uma rede”; diante dessa definição, temos a externalidade de rede - que pode ser um tipo específico de efeito de rede - que nada mais é do que uma valorização dos bens, à medida em que o número de consumidores/usuários daquele bem aumenta²⁷. Nota-se que a externalidade de rede está intimamente associada ao sucesso de uma plataforma e se conecta a possíveis vantagens competitivas, conforme se explicitou na seção anterior.

Nesse contexto, a remodelação do antitruste se mostra essencial justamente porque outras práticas, potencialmente anticompetitivas, tomam o lugar de condutas tradicionalmente anticoncorrenciais. Por exemplo, os preços abaixo dos custos podem ser utilizados apenas como uma forma legítima de entrada no mercado, enquanto outras condutas, como as ofertas em *bundle* e os próprios acordos de exclusividade, podem servir como uma forma de explorar as externalidades de rede²⁸ ou apresentar um potencial efeito anticompetitivo significativo, ensejando a atuação antitruste especialmente para proteger o mercado da dominação por um agente econômico e do aumento das barreiras de entrada²⁹.

Especificamente com relação ao caso iFood e a utilização de acordos de exclusividade, deve-se considerar o momento de expansão do mercado e como o impulso à digitalização pode sedimentar posições de relevância. Assim, cabe destacar a visão tradicional do antitruste sobre os

Negócios na Internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2016. p. 4.

²⁷ KATZ, Michael L.; SCHAPIRO, Carl. Network externalities, competition and compatibility. *The American Economic Review*. v. 75, n. 3, 1985, pp. 424-440; PRIEST, George L. Rethinking Antitrust Law in the Age of Networks. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 352. Disponível em <http://bit.ly/1MiDyYy>. Acesso em abril de 2021.

²⁸ LORENZETTI; PEREIRA NETO; RENZETTI, Op. Cit., p. 2.

²⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Brasília, DF, 2020.

acordos de exclusividade, a fim de antever como o Cade pode entender a conduta atualmente³⁰.

4. Acordos de Exclusividade no Direito Concorrencial

Os acordos de exclusividade podem assumir muitas variações no mercado, a depender do uso que as empresas lhes dão. Em resumo, porém, se caracterizam pela inserção de cláusulas e redações em contratos que limitam uma das partes quanto a escolhas comerciais. Nesse sentido, há o impedimento de contratação diversa, tendo, como contrapartida, algum benefício específico. No caso iFood, os restaurantes são impossibilitados de optar por outras plataformas de *delivery*, como Rappi e UberEats. Ao firmar esses acordos, recebem vantagens que podem se traduzir como estratégias de marketing diferenciadas e taxas de desconto mais favoráveis.

Do ponto de vista tradicional da análise concorrencial, os acordos de exclusividade são prática de integração vertical³¹, porque envolvem níveis diversos da cadeia produtiva. A depender da posição do agente que assina o acordo em relação ao que o propõe, tal arranjo pode ser considerado a jusante ou a montante. São considerados prática unilateral, potencialmente geradora de efeitos na concorrência e na eficiência, razão pela qual, requerem o escrutínio da autoridade antitruste. O grande risco anticompetitivo dos acordos de exclusividade é o fechamento do mercado (*market foreclosure*), tanto para os concorrentes quanto para aqueles em potencial³², o que poderia resultar em infração ao artigo 36 da Lei 12.529/2011, que delinea os efeitos e objetivos que podem caracterizar infrações da ordem econômica. Nas palavras de Luiza Kharmandayan e João Carlos Nicolini de Moraes³³,

³⁰ Faz-se a ressalva, porém, de que o acesso das autoras à documentação do Inquérito Administrativo foi limitado ao acesso público pelo SEI. Não foi possível, portanto, analisar a minuta adotada pelo iFood e suas particularidades.

³¹ A Resolução 20, de 9 de junho de 1999, ainda na vigência da Lei 8.884/94, classificou em seu Anexo I os acordos de exclusividade como práticas restritivas verticais.

³² KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. v. 24, n. 2, 2018, pp. 116-141.

³³ Ibidem, p. 119.

“[...] ao dificultar artificialmente o acesso de competidores a insumos ou a consumidores finais, a prática terá o efeito de proteger ou reforçar o poder de mercado da empresa dominante, impedindo novas entradas, excluindo rivais do mercado e/ou tornando-os menos efetivos.”

Particularmente no caso das plataformas digitais transacionais, como o iFood, é necessário considerar que ao mesmo tempo em que participam da cadeia produtiva, os restaurantes são também clientes da plataforma. Explícito, portanto, que as alterações digitais das relações de consumo e dos modelos de negócio impactam a análise antitruste, para a qual as ferramentas tradicionais podem não se mostrar suficientes. Nesse sentido, é necessário que sejam sopesados prós e contras da conduta, dado que a princípio os acordos de exclusividade não são benéficos ou deletérios à concorrência³⁴.

4.1. A ótica da eficiência

Em primeiro lugar, é necessário destacar que a análise antitruste atual, tanto para condutas unilaterais quanto para estruturas, é em muito influenciada por teorias desenvolvidas nos Estados Unidos, dentre as quais destaca-se a Nova Escola de Chicago³⁵⁻³⁶. Especificamente para os acordos verticais, passou-se a entender que eles poderiam fomentar a concorrência entre os produtores (ou seja, entre os agentes que teriam sua ação restrita em função da apreensão de benefício específico). Além

³⁴ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 372.

³⁵ Sobre o tema, vale mencionar: “A Nova Escola de Chicago foi persuasiva para grande parte das autoridades governamentais e para o Poder Judiciário dos EUA. Como resultado, diminuiu-se a presunção de dano que havia, oriunda do aumento do nível de concentração, resultante da aquisição de agentes concorrentes. Logo, essa presunção que antes era quase conclusiva passou a representar apenas um ponto de partida para a análise das concentrações econômicas”. Cf. DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. Direito Antitruste. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

³⁶ A partir desse movimento, os negócios passaram a ser analisados pela ótica da eficiência alocativa - tanto condutas horizontais quanto verticais. O argumento principal seria de que a melhora nesse índice, ou seja, uma alocação que permitisse maior mobilidade de recursos, produtos e serviços para aqueles que lhes dessem maior valor, significaria maiores benefícios aos consumidores, sem que os incentivos a investimento e inovação fossem afetados. In: ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. Revista Direito GV., v. 2, n. 1, 2006.

disso, o pensamento econômico que permeia tal linha adota a visão de que se a restrição é vertical, ela deve ser eficiente e deve beneficiar os consumidores³⁷.

Forgioni explica que os benefícios das restrições verticais poderiam ser traduzidos como (i) redução dos custos de transação, possibilitando economias de escala; (ii) facilitação da entrada de novos agentes econômicos no cenário de distribuição, pela facilidade do retorno dos investimentos; (iii) impedimentos à atuação de *free riders*; (iv) dificuldade à concentração de distribuidores; e (v) permissão da preservação da imagem do produto³⁸.

Nesse sentido, a explicação do iFood estaria em linha com a visão de eficiência: ao assinar um acordo de exclusividade, há maior incentivo para que a plataforma invista no restaurante, de modo que ambos estariam aplicando os recursos e esforços na conduta que lhes traria maior retorno. Além disso, para os próprios restaurantes, a escolha pela assinatura de um acordo de exclusividade levaria em consideração benefícios compensatórios pela impossibilidade de contratar concorrentes: assumindo a racionalidade dos agentes, um acordo de exclusividade teria motivos econômicos válidos. A princípio, estar-se-ia em um cenário de liberdade de contratação das partes.

É possível, portanto, que acordos de exclusividade resultem em aumento do bem-estar social - aqui considerado como bem-estar agregado. Saito explica que isso ocorre, por exemplo, quando essa prática permite o surgimento de um novo mercado ou estimula a diferenciação de produtos. Em um cenário no qual os consumidores não preferissem o conteúdo de determinado concorrente e as empresas envolvidas no mercado tivessem custos fixos consideráveis, acordos de exclusividade representariam uma possibilidade de aumento de bem-estar social em situação de equilíbrio monopolista³⁹. Tais arranjos poderiam significar

³⁷ FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. Cases and Materials on Antitrust. St. Paulo: West Publishing Co., 1989. p. 522. Nas palavras de Bork, “[...] Vertical mergers are means of creating efficiency, not injuring competition”. Cf. BORK, Robert H. The Antitrust Paradox. Nova Iorque: Basic Books, 1978. p. 226.

³⁸ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 360.

³⁹ SAITO, Leandro. Antitruste e Novos Negócios na Internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2016. p. 157.

uma redução de custos para os agentes econômicos⁴⁰, ao passo que a diminuição do número de concorrentes e a limitação do mercado não impactariam diretamente os consumidores, cuja preferência independeria do número de firmas.

Ainda no contexto das plataformas digitais transacionais, deve-se considerar a relação de interdependência entre os lados envolvidos. Acordos de exclusividade com os participantes de um deles podem levar ao estímulo subsequente de novos usuários do outro lado⁴¹. Veja-se, no caso concreto do mercado de plataformas de *delivery* de comida, quanto maior o número de restaurantes exclusivamente fornecidos por um aplicativo, maior a atratividade que ele possuirá para os consumidores finais. Ainda, como elencado previamente, a prática também pode ser justificada como uma forma de evitar o *free riding*, viabilizando maiores investimentos⁴². Essa é, como se demonstrou acima, a linha argumentativa exposta pelo iFood para defender o uso de acordos de exclusividade no caso analisado. A eficiência da estratégia seguiria a lógica aqui exposta: ao passo que os restaurantes obteriam vantagens comerciais, como maior promoção de seus serviços, a plataforma teria garantia extra sobre o retorno dos investimentos realizados. A alocação, portanto, seguiria o interesse privado das partes envolvidas.

Contudo, a despeito das questões pontuadas pela visão efficientista, é necessário atentar para a peculiaridade dos mercados

⁴⁰ Sobre esse tema, vale mencionar: “Outra eficiência da exclusividade é a economia de custos de transação, seja de coordenação (*coordination costs*) ou de motivação (*motivation costs*). Os primeiros dizem respeito às despesas com o estabelecimento do negócio e de suas condições – em alguns mercados, estes podem se referir aos custos de obtenção de informações sobre as preferências dos adquirentes, custos com publicidade, propaganda, etc. Já os custos de motivação podem estar relacionados à realização de um investimento específico para atender às necessidades da outra parte ou ainda às despesas com transações frequentes que envolvem a necessidade de recorrentemente buscar, negociar e implementar os contratos com fornecedores, sobretudo quando envolvem atividades complexas”. Cf. KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. v. 24, n. 2, 2018, p. 120.

⁴¹ EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Business. Disponível em: <http://bit.ly/1KhV5mT>. Acesso em abril de 2021. p. 29.

⁴² KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. v. 24, n. 2, 2018, pp. 116-141.

digitais e, em especial, às plataformas *two-sided*, que atraem uma análise ainda mais minuciosa acerca dos efeitos e implicações concorrenciais dos acordos de exclusividade. Nesse sentido, não apenas consequências benéficas podem advir do uso desses instrumentos.

4.2 Ressalvas à visão eficientista

A despeito dos ideais eficientistas difundidos pela Escola de Chicago, a consideração da eficiência econômica como único valor relevante já foi contestada⁴³, o que tem ganho maior destaque com a crescente importância dos mercados digitais. Dentro da temática deste estudo - acordos de exclusividade - é indispensável lembrar que seu uso em especial por agentes com posição dominante, pode produzir efeitos anticompetitivos, como a exclusão de concorrentes e o fechamento do mercado. Assim, necessário que se faça análise detalhada de seus possíveis benefícios, considerando o mercado concreto no qual se encontram.

Segundo a Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do Cade⁴⁴⁻⁴⁵, os potenciais efeitos anticompetitivos associados à celebração dos acordos de exclusividade seriam as condutas colusivas, tendentes à

⁴³ Nesse sentido: “[...] Contributors to this collection of essays are Republicans and Democrats, lawyers and scholars left of center and right of center, one-time enforcers, and private sector representatives. But virtually all share the view that U.S. antitrust enforcement, as a result of conservative economic analysis, is better today than it was during the Warren years—more rigorous, more reasonable, more sophisticated in terms of economics. But virtually all also confess to a sense of unease about the direction of antitrust interpretation and enforcement. Specific concerns include current preferences for economic models over facts, the tendency to assume that the free market mechanisms will cure all market imperfections, the belief that only efficiency matters, outright mistakes in matters of doctrine, but most of all, lack of support for rigorous enforcement and willingness of enforcers to approve questionable transactions if there is even a whiff of a defense”. Cf. PITOFKSY, Robert. *How the Chicago School Overshot the Mark*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 5.

⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Resolução 20, de 9 de junho de 1999. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>.

⁴⁵ Vale mencionar que a Resolução nº 20 de 9 de junho de 1999 foi apenas parcialmente revogada pela Resolução nº 45 de 28 de março de 2007. Os trechos revogados encontram-se devidamente sinalizados no próprio sítio eletrônico do Cade. As disposições mencionadas neste artigo não foram alteradas.

cartelização, e o aumento unilateral do poder de mercado do agente que celebra/impõe a exclusividade, “por meio do ‘bloqueio’ e/ou aumento de barreiras à entrada” ou aumentando os custos, indiretamente, para seus concorrentes. Esses não conseguiriam atuar, tendo suas atividades comerciais prejudicadas. Assim, “o impacto concorrencial deriva da obstrução do acesso aos produtos, serviços ou canais de distribuição pelos agentes econômicos que não participam do contrato”, de forma que o prejuízo se torna proporcional à parcela de mercado cooptada⁴⁶. Assim, é justificada a preocupação concorrencial quando se tem a celebração de acordos de exclusividade por agentes que detém relevante *market share*.

Em especial no caso de *two-sided markets*, é realmente possível que se vislumbre eficiências em razão dos benefícios trazidos com a exclusividade para um dos lados dos clientes da plataforma; mas, por outro lado, podem ser gerados custos mais altos, o que é fator também a se considerar na análise. Esse cenário dificulta a entrada de um novo *player* “pela incapacidade de atingir um número suficiente de consumidores que supere a massa crítica necessária” para competir nesse mercado⁴⁷, ou seja, pela dificuldade de atingir base de usuários suficiente para o crescimento de plataformas concorrentes. Nesse caso, a exclusividade estaria atuando como uma ferramenta do agente de mercado dominante para impedir que os (novos/potenciais) concorrentes ingressem e/ou se mantenham no mercado, por não conseguirem atingir massa crítica suficiente.

Do ponto de vista dos impactos para o consumidor final, deve-se considerar que há uma diminuição das opções disponíveis. Forgioni destaca que esse efeito deve ser verificado na prática, levando em consideração, cuidadosamente, as particularidades do mercado no qual o acordo foi firmado. Entretanto, a autora ressalva que, se a grande maioria dos agentes está vinculada a cláusulas de exclusividade, “é inegável a redução do grau de escolha do consumidor”⁴⁸, o que não necessariamente se traduz como ilícito concorrencial.

⁴⁶ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 367.

⁴⁷ SAITO, Leandro. Antitruste e Novos Negócios na Internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2016. p. 157.

⁴⁸ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 385.

Nessa perspectiva, fica claro que a utilização de acordos de exclusividade como ferramentas não acarreta necessariamente em malefícios à concorrência e, portanto, a autoridade não pode, sem a devida análise, coibir a conduta. É preciso que se considere o contexto do mercado, elencados os efeitos a partir da consideração de suas eventuais particularidades. Nesse sentido,

“a licitude/ilicitude de uma cláusula de exclusividade só pode ser aferida mediante a ponderação, no caso concreto, entre as eficiências e as restrições geradas pelo acordo, na medida em que estabelece a utilização da “regra da razão” para averiguar as eficiências e os prejuízos gerados pela exclusividade⁴⁹.”

Dessa forma, considerando o objetivo do trabalho de adequar à discussão ao cenário brasileiro e antever possíveis soluções/desdobramentos da análise antitruste do caso iFood pelo Cade, passa-se ao estudo da atuação específica da referida autoridade.

4.3. Critérios do Cade para análise de condutas

Inicialmente, considera-se que a análise de acordos de exclusividade quanto à sua legalidade frente ao direito concorrencial perpassa a análise de condutas. O Cade, enquanto autoridade de defesa da concorrência nacional, pode atuar tanto no eixo das estruturas, quando analisa, por exemplo, atos de concentração, quanto nas condutas específicas das firmas. O caso que orienta esse estudo, qual seja, o Inquérito Administrativo relativo à iFood, insere-se na segunda hipótese, haja vista tratar-se de conduta restritiva vertical.

Levando em consideração a possibilidade de que tais acordos assumam características anticompetitivas, faz-se necessário identificar quais são as eficiências que justificariam sua implementação no mercado. Assim, a autoridade se vale, a princípio, das etapas de definição do mercado relevante e da análise de existência de posição dominante.

Especificamente para os mercados de plataformas digitais é importante que a autoridade antitruste tenha uma abordagem ampla de definição do mercado relevante, de modo a concentrar sua atenção para

⁴⁹ KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. v. 24, n. 2, 2018, p. 121.

outros aspectos: as evidências de poder de mercado, teorias de dano à concorrência ou identificação de estratégias competitivas⁵⁰. Nesse contexto, a forma de aferir a participação de mercado deve ir além de critérios exclusivos de faturamento, podendo incluir número de usuários/contas, número de visitas, número de buscas, etc⁵¹. Por todas as características próprias desses mercados (como fortes efeitos de redes, economias de escalas, baixíssimos custos marginais e escopo global)⁵², o poder de mercado no caso das plataformas digitais é definido por uma confluência de fatores, dentre eles externalidades de rede e dados, retornos crescentes de escala, como mencionado pela União Europeia no relatório *Competition Policy for Digital Era*⁵³. Como o caso iFood pode vir a demonstrar, a celebração de exclusividade com número relevante de participantes do mercado tem o potencial de minar a atuação de concorrentes, estimulando, nas plataformas transacionais, o crescimento da base de usuários. Se a firma que realiza a conduta já possui posição dominante, essa pode ser fortalecida.

Nessa perspectiva, quanto maior a abrangência desses acordos firmados com a empresa dominante, certamente serão maiores as dificuldades para que um rival aumente sua participação⁵⁴. Por essa razão, a análise do “fechamento do mercado” é a etapa subsequente do exame antitruste.

O exame antitruste do índice de fechamento de mercado é realizado a partir da “comparação entre volume de vendas ou/e número de agentes econômicos atingidos e o total de vendas/agentes existentes no mercado” em questão. No mercado de bebidas⁵⁵ e sorvetes⁵⁶, o Cade

⁵⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Documento de Trabalho 005/2020: Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasília, ago. 2020.

⁵¹ Ibidem, p. 20.

⁵² Ibidem, p. 12.

⁵³ CRÉMER, Jacques. MONTJOYE, Yves-Alexandre. SCHWEITZER, Heike. Competition Policy for the Digital Era, relatório publicado pelo Directorate-General of Competition da União Europeia em Março de 2019 e disponível em <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁵⁴ KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. v. 24, n. 2, 2018.

⁵⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.004578/2015-44. Brasília, DF, 2015. Procedimento proposto por Ambev S.A., em razão da investigação antitruste da prática de contratos de exclusividade e políticas de refrigeradores.

possui precedente que indica a ausência de preocupação antitruste nos casos em que os acordos de exclusividade não superam 8% do total de agentes econômicos atendidos e 10% do volume total do mercado dentro de todo o território nacional. Nesse sentido, é de se observar que, a despeito da posição dominante do *player* que impõe a exclusividade a outros agentes, esta não implica diretamente em fechamento de mercado⁵⁷. Tal posicionamento entra em linha com a organização do sistema de defesa da concorrência brasileiro, pelo qual não se pune uma determinada empresa apenas pelo seu tamanho.

Outro critério significativo avaliado pelo Cade quando do exame dos contratos de exclusividade é o seu prazo. No que tange à cláusula de não concorrência, o próprio Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, emitido pelo Cade, já estipulou como “média” o prazo de cinco anos, podendo ser superior ou inferior a depender do mercado em questão⁵⁸. No caso das cláusulas de exclusividade, é inegável que a análise casuística se faz necessária, na medida em que a extensão por prazo demasiadamente longo da exclusividade pode acarretar o fechamento de mercado, ou seja, impactar negativamente na concorrência. Forgioni destaca que “*é comum que esse tipo de vínculo protraia-se por muitos anos e, nessa medida, o prazo da restrição assume relevância para que se possa avaliar seus impactos anticoncorrenciais*”⁵⁹. Embora existam casos em que o prazo de cinco anos também foi adotado como razoável⁶⁰, a ponderação e a

⁵⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27. Brasília, DF, 2006.

⁵⁷ KHARMANDAYAN; MORAIS, Op.Cit., p. 125.

⁵⁸ “Deve também se limitar ao prazo de cinco anos, podendo, entretanto, esse prazo ser reduzido ou estendido a depender do período de maturação do negócio envolvido”. Cf. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. 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 abril de 2021.

⁵⁹ FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 380.

⁶⁰ À título de exemplo, o Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme, no Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43 (julgado em 04/09/2007), que envolveu a utilização das cláusulas de exclusividade por um *shopping center*, foi claramente no mesmo entendimento das cláusulas de não-concorrência: a cláusula de exclusividade “não deve ter duração superior a cinco anos, que é a mesma que a jurisprudência do Cade aceita como razoável para a cláusula de não-concorrência em caso de Atos de Concentração” Cf. KHARMANDAYAN; MORAIS, Op.Cit., p. 126.

razoabilidade devem ser a medida aplicada na prática, diante da peculiaridade de cada mercado envolvido.

Nesse cenário, torna-se significativamente importante a avaliação do mercado em que a exclusividade está inserida: a dinamicidade do mercado, o seu (potencial) crescimento e as suas particularidades em relação a outros mercados. Veja-se, por exemplo, que discussões a respeito de práticas anticoncorrenciais têm crescido no que tange empresas como as *big techs*. Nesse sentido, Pinar Akman destaca que o Google recorrentemente viola legislações antitruste pela aplicação de condições de exclusividade na pré-instalação de seu aplicativo de busca e navegador. Para a autora, tal comportamento deveria ser considerado como ilegal *per se*, já que feriria diretamente o processo competitivo⁶¹. Foroohar, por sua vez, destaca que as plataformas *online* se beneficiaram enormemente da filosofia antitruste da escola de Chicago, que a autora resume no corolário de que “enquanto os produtos forem baratos ou gratuitos, não haverá questão monopolista”⁶². Assim, a análise antitruste e o levantamento de eficiências devem ser adequados ao cenário fático, levando em consideração suas particularidades.

Nesse sentido, vale retomar o caso do Processo Administrativo 08012.007423/2006-27, que avaliou os acordos de exclusividade no mercado de sorvetes. No voto proferido pela Conselheira Paula Azevedo, em outubro de 2018, fica clara a necessidade de avaliar o potencial dano da conduta da parte, e ponderá-lo com a racionalidade econômica alegada por ela, o que remete à aplicação da regra da razão no caso concreto. Isso significa que, ao contrário do ilícito *per se*, a conduta não é ilícita por si só, mas a potencialidade dos seus danos deve ser avaliada – especialmente com relação ao fechamento de mercado, como mencionado anteriormente⁶³.

⁶¹ AKMAN, Pinar. The theory of abuse in Google search: a positive and normative assessment under EU competition law. *Journal of Law, Technology and Policy*. vol. 3, 2017. p. 301-374.

⁶² FOROOHAR, Rana. *Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles - and all of us*. Nova Iorque: Currency, 2019, p. 146.

⁶³ O voto é claro ao dizer que “em vista das características do mercado relevante, exclusividade de vendas de fato, [...] deve ser feita uma análise quanto à potencialidade de dano da conduta, especificamente quanto ao risco de fechamento de mercado”. Mais adiante, a Conselheira afirma que “a Representada não conseguiu comprovar que exista racionalidade econômica ou qualquer outra justificativa razoável para adoção das medidas citadas”, o que pode, a princípio, indicar que o ônus da prova seria unicamente da parte representada, e possível caso de ilicitude

No caso dos mercados de *delivery* de alimentos, como já explanado, existiu nos últimos anos um grande crescimento e expansão do mercado, o qual foi impulsionado ainda pela pandemia que assolou o mundo em 2020. Nota-se que alguns argumentam que, em mercados com grande potencial de crescimento, a possibilidade de que as relações de exclusividade venham a limitar ou obstaculizar a entrada ou manutenção de *players* no mercado, é menor⁶⁴, presunção que não pode, por si, sustentar a análise da autoridade concorrencial sem exame pormenorizado das condições específicas.

Além disso, o entendimento desse mercado como plataformas de múltiplos lados implica a necessidade de observar atentamente os efeitos decorrentes das cláusulas de exclusividade, para averiguar as eficiências para todos os envolvidos. É inegável que existem benefícios para o iFood, que encontra uma forma de fixar um dos lados de seus consumidores - os restaurantes. Para os restaurantes, embora o argumento da eficiência possa ser criticado, dada a limitação de escolha sobre em qual plataforma divulgar seus serviços e produtos, existe a possibilidade de maior exposição em prateleiras virtuais, bem como investimentos feitos pela própria plataforma nessas empresas. Pelo lado dos consumidores finais - os usuários pessoas físicas que pedem comida pela

por objeto. A teoria da ilicitude por objeto implica que a conduta é, no primeiro momento, tida como ilícita, cabendo tão somente à parte que a praticou demonstrar sua racionalidade econômica, a justificativa para aquela prática. (Cf. AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do Cade no processo administrativo sancionador antitruste. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 75-102. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/353/170>). Embora o este trecho possa trazer a ideia dos acordos de exclusividade como ilícito por objeto, a leitura completa do voto demonstra, às claras, a necessidade de análise da potencialidade anticompetitiva da conduta por parte do Cade, afastando assim qualquer ideia de que possam configurar por si só, mesmo que apenas num primeiro momento, um ilícito antitruste.

⁶⁴ Nesse mesmo sentido foi a argumentação do Ifood em seus memoriais nos autos do Inquérito Administrativo em análise. Segundo a plataforma, “atualmente, mais de 300 mil restaurantes já utilizam os serviços de plataformas *online* como iFood, UberEATS, Rappi, 99 Food, Aiqfome, Delivery Much, entre outras, e cada vez mais restaurantes optam por essas opções (os dados de crescimento de mercado comprovam esse crescimento contínuo do mercado). Ou seja, o presente caso tem uma abrangência enorme e afeta milhares de pessoas que sequer foram contactadas pelo Cade, o que exige ainda mais rigor e cautela”.

via digital - é possível que essas relações de exclusividade tragam descontos nas taxas cobradas por esse serviço⁶⁵.

Vê-se, portanto, que o caso iFood levanta questões inovadoras para a aplicação do antitruste, servindo como paradigma para debates que ultrapassam seu mérito particular. Em verdade, pode-se antever a situação como uma daquelas em que a autoridade antitruste se vê diante de modificações palpáveis introduzidas pela tendência de digitalização dos negócios. Não é possível, portanto, que tal análise ocorra de forma simplista, sem que se dê a devida atenção para a realidade dos mercados digitais.

5. Conclusões Finais

As relações de exclusividade trazem consigo uma interessante discussão quanto se trata da perspectiva das plataformas digitais e de múltiplos lados. Em outros mercados, a autoridade antitruste já enfrentou a temática e entendeu pela necessária aplicação da regra da razão, de modo a contrabalancear e observar a extensão dessa exclusividade, o prazo de duração, a participação de mercado e eventual posição dominante do agente econômico, os fins da exclusividade, e especialmente, as características específicas do mercado em questão, para que se possa, de fato, ter uma análise minuciosa sobre possível fechamento de mercado e outras implicações à concorrência.

Nesse passo, a eficiência econômica resultante da prática é confrontada com os potenciais efeitos negativos resultantes⁶⁶ - por exemplo, as vantagens trazidas aos consumidores por meio de menores taxas de serviços, em contraste com as possíveis barreiras à entrada de novos competidores da plataforma.

Em especial, deve-se ter em mente as limitações às quais a autoridade antitruste está sujeita, especialmente no que tange a assimetria de informações frente aos participantes do mercado e a análise de certas condutas. Mesmo para os acordos de exclusividade e considerados os parâmetros já estabelecidos na jurisprudência brasileira, os argumentos eficientistas e os méritos concorrenciais dessa prática são, em certa

⁶⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Ato de Concentração 08700.007262/2017-76. Brasília, DF, 2017.

⁶⁶ KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. Revista do IBRAC. v. 24, n. 2, 2018, pp. 116-141

medida, controversos. Assim, a análise antitruste é, em muito, facilitada pela disponibilização de evidências quantitativas e qualitativas de como o mercado realmente funciona, além de como tais condutas podem, especificamente, afetar as variáveis de preço, quantidade, qualidade e inovação⁶⁷.

No caso iFood, diante de todas as peculiaridades do *two-sided market*, é inevitável que a autoridade antitruste avance para além do quanto previsto na legislação antitruste e demais documentos por ele utilizados, de modo a abarcar todas as implicações que os acordos de exclusividade podem trazer. Devem ser observadas as características do mercado de plataformas digitais, em especial a importância de uma abordagem ampla da definição de mercado relevante, da participação de mercado e do poder de mercado, o qual depende de diferentes fatores e se manifesta distintamente em cada caso concreto. Não se trata de afastar a segurança jurídica, porquanto o parâmetro para a análise está já previsto nos precedentes do Cade. Trata-se de adequar a análise ao mercado de *delivery* de comida, sua crescente expansão, notadamente em virtude da digitalização dos mercados, intensificada pelos efeitos do isolamento social e a Covid-19, gerando uma notória dependência dos restaurantes ao serviço de entregas. Assim, a análise antitruste nessa situação deve considerar as eficiências econômicas, em conjunto com a possibilidade de elevação de preços, reflexos prejudiciais aos consumidores finais e com a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, de forma particular e distinta para cada mercado relevante.

Não se pode deixar de lado, ao final, a concretização dos objetivos da legislação antitruste brasileira: por fulcro constitucional, a ordem econômica tem como finalidade assegurar a livre concorrência, bem como outros princípios, fundada na livre iniciativa. Como mandamento último, deve a autoridade antitruste buscar concretizar tal intuito, levando em consideração as necessárias adaptações para a realidade de um mundo cada vez mais digital.

⁶⁷ YUN, John M. Potential Competition, Nascent Competitors and Killer Acquisitions. SSRN Electronic Journal, 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3733716>. Acesso em abril de 2021. p. 658.

6. Referências

AKMAN, Pinar. The theory of abuse in Google search: a positive and normative assessment under EU competition law. *Journal of Law, Technology and Policy*. vol. 3, 2017. p. 301-374.

BOISSIN, Jean-Pierre; FREITAS, Henrique Mello Rodrigues de; MARTENS, Cristina Dai Prá; RAMOS, Anatólia Saraiva Martins. Práticas de Agressividade Competitiva em Empresas do Setor de Software do Rio Grande do Sul: um estudo exploratório com executivos. *Revista de Ciências da Administração*. vol. 15. n. 36. 2013. pgs. 211-227.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. Nova Iorque: Basic Books, 1978.

Cade condena Unilever por contratos de exclusividade no mercado de sorvetes. *Revista Consultor Jurídico*, 16 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-16/cade-condena-unilever-contratos-exclusividade-kibon>. Acesso em abril de 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração 08700.007262/2017-76. Brasília, DF, 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Documento de Trabalho 005/2020: Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasília, ago. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal. 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: abr. 2021

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Brasília, DF, 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08012.007423/2006-27. Brasília, DF, 2006.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.004578/2015. Brasília, DF, 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução 20, de 9 de junho de 1999. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>.

CRÉMER, Jacques. MONTJOYE, Yves-Alexandre. SCHWEITZER, Heike. Competition Policy for the Digital Era, relatório publicado pelo Directorate-General of Competition da União Europeia em março de 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6 ed. Boston: Pearson, 2012.

DA REDAÇÃO. Cade instaura investigação contra Clickbus por esquema anticoncorrencial. Veja, 29 de janeiro de 2020. Disponível em <https://veja.abril.com.br/tecnologia/cade-instaura-investigacao-contraclickbus-e-bematech-totvs-por-esquema-anticoncorrencial/>. Acesso em abril de 2021.

DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. Livre Iniciativa, Livre concorrência e Democracia: valores Constitucionais indissociáveis do Direito Antitruste? In. NUSDEO, Fabio. (Coord.); PINTO, Alexandre Evaristo. A Ordem Econômica Constitucional: estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: RT, 2019, p. 111-130.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo. Direito Antitruste. 4 ed. Saraiva. São Paulo, 2016.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Business. Disponível em: <http://bit.ly/1KhV5mT>. Acesso em abril de 2021.

FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

FOROOHAR, Rana. Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles - and all of us. Nova Iorque: Currency, 2019.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. Cases and Materials on Antitrust. St. Paulo: West Publishing Co., 1989.

FRAGA, Fernando. Covid-19: veja como cada estado determina o distanciamento social. AgênciaBrasil, 01 de abril de 2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-distanciamento-social>. Acesso em abril de 2021.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GOOGLE. Google Trends. Disponível em <https://trends.google.com.br/trends/?geo=BR>. Acesso em abril de 2021.

HOOTSUITE; WE ARE SOCIAL. Digital in 2019. Disponível em <https://wearesocial.com/global-digital-report-2019>. Acesso em abril de 2021.

KATZ, Michael L.; SCHAPIRO, Carl. Network externalities, competition and compatibility. *The American Economic Review*. v. 75, n. 3, 1985, pp. 424-440

KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. *Revista do IBRAC*. v. 24, n. 2, 2018, pp. 116-141.

KEMP, Simon. Digital 2019: Brazil, 31 de janeiro de 2019. Disponível em <https://datareportal.com/reports/digital-2019-brazil>. Acesso em abril de 2021.

KEMP, Simon. Digital 2020: Brazil, 17 de fevereiro de 2020. Disponível em <https://datareportal.com/reports/digital-2020-brazil>. Acesso em abril de 2021.

KEMP, Simon. Digital 2021: Brazil, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em <https://datareportal.com/reports/digital-2021-brazil>. Acesso em abril de 2021.

LEISTER FILHO, Adalberto. Cade instaura inquérito sobre direitos de transmissão do futebol. *CNN Brasil*, 25 de setembro de 2020. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/esporte/2020/09/25/cade-instaura-inquerito-sobre-direitos-de-transmissao-do-futebol>. Acesso em abril de 2021.

LORENZETTI, Marcella Abras; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; RENZETTI, Bruno. Antitruste 2.0: direito da concorrência em plataformas digitais. In: 24.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2018, Campos do Jordão. (Apresentação).

MARQUES, Joyce Cryslei. Push Marketing Notification: uma análise da estratégia utilizada pelo Ifood. Monografia (Bacharelado em Relações Públicas) - Faculdade de Informação e Comunicação, Universidade Federal de Goiás, 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Cade impede iFood de celebrar novos contratos de exclusividade com restaurantes. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-impede-ifood-de-celebrar-novos-contratos-de-exclusividade-com-restaurantes>. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 10 de março de 2021. Acesso em abril de 2021.

OECD. Merger Review in Emerging High Innovation Markets. Competition Law and Policy OECD. OECD, 2005. p. 86.

OPAS-BRASIL. OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em abril de 2021.

PITOFKSY, Robert. How the Chicago School Overshot the Mark. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

PRIEST, George L. Rethinking Antitrust Law in the Age of Networks. Yale Law & Economics Research Paper n. 352. Disponível em <http://bit.ly/1MiDyYy>. Acesso em abril de 2021.

SAITO, Leandro. Antitruste e Novos Negócios na Internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2016.

UNA-SUS. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em abril de 2021.

VALENTE, Jonas. Covid-19: veja como cada estado determina o distanciamento social. AgênciaBrasil, 01 de abril de 2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-distanciamento-social>. Acesso em abril de 2021.

VALENTI, Graziella. Rappi perde usuários ativos em 2020 e pós-pandemia desafia plataformas. Exame, 19 de dezembro de 2020. Disponível em <https://exame.com/exame-in/rappi-perde-usuarios-ativos-em-2020-e-pos-pandemia-desafia-plataformas/>. Acesso em abril de 2021.

PAIXÃO, Ricardo F.; D'ALVARENGA, Marcelo C. R. Deschamps; SILVEIRA, José Augusto G. da. Mercados de dois lados.

GV Executivo, v. 5, n. 1, p. 25-29, fev./abr. 2006. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/34365>. Acesso em abril de 2021.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided market: an overview. Mar., 2004. Disponível em https://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf. Acesso em abril de 2021.

ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. Revista Direito GV., v. 2, n. 1, 2006

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Pneumonia of unknown case - China, 5 de janeiro de 2020. Disponível em <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/>. Acesso em abril de 2021.

YUN, John M. Potential Competition, Nascent Competitors and Killer Acquisitions. SSRN Electronic Journal, 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3733716>. Acesso em abril de 2021.

3. VAREJISTAS BRASILEIROS E A OFERTA DE PRODUTOS FINANCEIROS NO PÓS-COVID: O PAPEL DA SOFT INFORMATION E A SOBREPOSIÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E PROTEÇÃO DE DADOS

3. BRAZILIAN RETAILERS AND THE SUPPLY OF FINANCIAL SERVICES POST- COVID: THE ROLE OF SOFT INFORMATION AND THE OVERLAP BETWEEN COMPETITION AND DATA PROTECTION

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Resumo: Dentre os desafios que plataformas digitais apresentam ao direito concorrencial, a sobreposição entre ele e o Direito à Proteção de Dados preocupa no que diz respeito à possibilidade de interpretar dados como substrato ao aumento de barreiras à entrada e ao efeito de seu acúmulo no comportamento do consumidor. Como reflexo da disseminação da Covid-19, a modificação dos hábitos de consumo no Brasil ocasionou no crescimento do *e-commerce* e, conseqüentemente, da utilização de soluções financeiras digitais, como é o caso dos meios de pagamento e da concessão de crédito, o que acabou potencializando os efeitos do datacentrismo, dentre os quais encontra-se a utilização de *soft information* acumulada por estes varejistas ao longo de anos de operação e que acaba os diferenciando com relação a outros agentes neste mercado, como, por exemplo, as *fintechs*. É neste contexto que o artigo se propõe a analisar, à luz da jurisdição brasileira, se o uso de *soft information* por varejistas no mercado financeiro poderia configurar uma conduta anticompetitiva.

Palavras-chave: varejistas no mercado financeiro; Soft Information; proteção de dados e concorrência.

Abstract: Among the challenges that digital platforms present to competition law, the overlap between it and the Right to Data Protection concerns with regard to the possibility of interpreting data as a factor that not only increases entry barriers, but whose accumulation also affects consumer behavior. One of the landmarks the Covid-19 had in terms of consumer habits in Brazil was the growth of e-commerce and, consequently, in the use of digital financial solutions, such as digital

payments and credit, what ended up increasing the effects of datacentrism, among which is the use of soft information that retailers have accumulated throughout their operation years. Such factor ends up differentiating them from other agents in this market, such as fintechs. In this context, the present article analyzes, according to the Brazilian jurisdiction, if the use of soft information by retailers in the financial market may be qualified as an anticompetitive conduct.

Key words: retailers in financial market; Soft Information; antitrust and data protection.

1. Introdução

Muito antes do enfrentamento dos choques de oferta e demanda que vêm sendo vivenciados pelo setor varejista brasileiro em detrimento da crise do Covid-19, já era possível noticiar um movimento entre varejistas que se mobilizavam com o intuito de oferecer serviços financeiros, valendo-se do histórico de consumo que construíram ao longo dos anos a partir do cadastro dos seus clientes.

Este movimento, evidenciado especialmente no contexto das grandes varejistas, como é o caso das Casas Pernambucanas, Natura, Riachuelo, Renner, Marisa, B2W, Grupo Carrefour, Magazine Luiza e Via Varejo⁶⁸ cresceu e modificou-se, acompanhando não apenas o aumento na utilização de plataformas digitais e no *e-commerce*, mas também a evolução do marco normativo brasileiro para o funcionamento de *fintechs*, startups que se utilizam de modelos de negócio alternativos,

⁶⁸ Há uma série de reportagens recentes que exploram a nova estratégia dos varejistas em oferecer serviços financeiros nas suas plataformas, a exemplo de “82% dos varejistas pretendem oferecer pagamentos por QR Code e apps em doze meses” (publicado em 24/06/2019). Disponível em <<https://ipnews.com.br/82-dos-varejistas-pretendem-oferecer-pagamentos-por-qr-code-e-apps-em-doze-meses/>>; “É loja ou banco? Pernambucanas e outras redes entram com tudo nos serviços financeiros” (publicado em 04/07/2019). Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/economia/varejo-contas-digitais-loja-ou-banco/>>; “Soluções Financeiras ao alcance do Varejo” (publicado em 23/01/2020). Disponível em <<http://sbvc.com.br/solucoes-financeiras-alcance-varejo/>>; “A financeirização e a transformação digital das grandes redes de varejo” (publicado em 04/11/2019). Disponível em <<https://fintechs.com.br/a-financeirizacao-e-transformacao-digital-das-grandes-redes-de-varejo/>>; “Redes de varejo avançam em novos serviços digitais” (publicado em 13/05/2019). Disponível em <<https://dcomercio.com.br/categoria/financas/redes-de-varejo-avancam-em-servicos-financeiros-digitais>>. Acesso conjunto em 30/04/2020.

voltados à oferta de serviços financeiros especializados e calcados na tecnologia e nos sistemas digitais⁶⁹.

Assim, os efeitos trazidos pela crise econômica em detrimento da pandemia do Covid-19 aceleraram não apenas o processo de digitalização das varejistas em geral, como também o seu protagonismo ao oferecerem alternativas, tanto para o pequeno e médio empreendedor (seu concorrente direto), quanto para o consumidor final, incluindo não apenas a intermediação de vendas digitais⁷⁰, como também soluções financeiras das mais diversas⁷¹, o que, em ambos os casos, acaba sendo potencializado pelo uso de dados.

Enquanto isso, a notória preocupação global⁷² com possíveis práticas anticompetitivas protagonizadas pelas chamadas *Big techs*, isto

⁶⁹ MAGNUSON, 2018, p. 1173.

⁷⁰ Pode-se citar, como exemplo, a iniciativa da Magazine Luiza de antecipar, em cinco meses, o lançamento do projeto “Parceiro Magalu”, que busca ser uma alternativa para que o pequeno e médio empresário anuncie e venda os seus produtos a partir da plataforma. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,covid-19-faz-magazine-luiza-antecipar-plataforma-para-pequenos-comercios-e-trabalhadores-autonomos,70003255106>>, acesso em 10/05/2020.

⁷¹ Um caso bastante caricato e que será analisado com detalhes na seção seguinte é o da Via Varejo, varejista que começou oferecendo serviços financeiros B2B e acabou estendendo isto para uma estratégia B2C, acompanhando a evolução do mercado de soluções digitais para serviços financeiros no Brasil.

⁷² Amazon, Apple, Google e Facebook têm sido alvo de diferentes investigações mundialmente. A principal acusação contra a Amazon tem sido o aparente favorecimento de seus próprios produtos em detrimento dos fornecedores independentes que se utilizam da plataforma. Uma das principais condutas que vêm sendo investigadas seria a possibilidade da Amazon está se utilizando dos dados coletados destes fornecedores para o desenvolvimento de produtos próprios. Exemplos destas acusações podem ser encontrados em *Amazon faces new antitrust challenge from Indian online sellers: legal documents* (26/08/2020). Disponível em <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-india-exclusive/exclusive-amazon-faces-new-antitrust-challenge-from-indian-online-sellers-legal-documents-show-idUSKBN25M193>>; “*Abuse of Dominance*” concerns trigger probe in Canada (14/08/2020). Disponível em <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-08-14/canada-competition-bureau-probes-amazon-for-abuse-of-dominance-kdudbgwl?srnd=technology-vp>>.

Com relação à Apple, as alegações centram-se na utilização da apple store, vez que a Apple estaria exercendo total controle sobre quais fornecedores poderiam vender seus produtos na loja e como poderiam fazê-lo. Um exemplo destas acusações pode ser encontrado em *Spotify accuses Apple of anticompetitive practices in Europe* (13/05/2019). Disponível em

é, grandes empresas de tecnologia movidas por inovação, que hoje exercem posição dominante em determinados mercados (ou, como defendem alguns⁷³, determinados ecossistemas), vem estendendo-se também para a estratégia destas gigantes tecnológicas em iniciar sua jornada no oferecimento de produtos e serviços financeiros, como é o caso da Apple, Amazon e Facebook, a partir do mercado de meios de pagamento – movimento que no Brasil tornou-se particularmente marcante a partir do emblemático caso WhatsApp/Cielo.

As preocupações com a concentração no mercado brasileiro de meios de pagamentos estão longe de ser atuais e remontam um acordo de cooperação antigo, firmado entre o Banco Central (BACEN) e as extintas Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), cuja finalidade era desenvolver estudos conjuntos sobre o Sistema de Pagamentos Brasileiro, o que culminou em importantes conclusões a respeito das prestadoras de serviços de rede (responsáveis por efetuar o credenciamento, além da

<<https://www.nytimes.com/2019/03/13/business/spotify-apple-complaint.html>>. No que diz respeito ao Google, a principal acusação diz respeito ao abuso de posição dominante no mercado de buscas, de modo que a plataforma estaria direcionando o consumidor para links seus em detrimento de outros links existentes na internet. Além desta (que já foi objeto de condenação), outras investigações em curso incluem também abuso de posição dominante por meio da imposição de “condições injustas” aos fornecedores de smartphone; bem como a prática de “scraping” Exemplos destas acusações podem ser encontrados em *Google hit with record EU fine over shopping service* (27/06/2017). Disponível em <<https://www.bbc.com/news/technology-40406542>>; *Google appears to have leveraged Android’s dominance – India watchdog* (28/06/2019). Disponível em <<https://www.reuters.com/article/us-google-india-antitrust-exclusive-idUSKCN1TT1Q2>>. Finalmente, com relação ao Facebook, é necessário citar a paradigmática decisão do *Bundeskartellamt* (hoje objeto de questionamento nos tribunais), que proibiu a utilização da política de processamento de dados que o Facebook impunha aos usuários, obrigando que a companhia interrompesse todo e qualquer monitoramento de seus usuários em outros sites que não gozassem de consentimento expresso e voluntário para tanto. Sobre o tema: *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources* (07/02/2019). Disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

73 Autores como GAWER (2014) defendem a perspectiva de análise do ecossistema como a mais correta em se tratando de plataformas digitais. In GAWER, Annabelle (2014). Bridging Differing Perspectives on Technological Platforms: Toward an Integrative Framework. *Research Policy*, 43 (7), 1239-1249.

compensação e liquidação das operações), no que diz respeito a sua não-neutralidade (vez que a/s suas potenciais concorrentes dependiam dos serviços das incumbentes, o que originava barreiras à entrada); (ii) da ausência de interoperabilidade; e (iii) relação de exclusividade no que diz respeito ao duopólio mantido pela Visa e Mastercard que apenas capturavam as transações efetuadas nos terminais da Visanet e Redecard. Tais conclusões não apenas contribuíram para o total de 122 manifestações do Cade nos processos relacionados a este mercado, entre os anos de 1995 e 2019⁷⁴, como também para a criação de um novo arcabouço normativo, pensado com o objetivo de estimular a criação e ascensão das *fintechs*, o que originou não somente novos sujeitos de direito, mas também reduziu uma das principais barreiras à entrada, qual seja, o custo regulatório.

O interesse do BACEN em aumentar a competitividade neste setor esteve sempre pautado na necessidade de ampliar a oferta de serviços financeiros para uma relevante parcela populacional conhecida como “desbancarizada”, vez que o mercado de meios de pagamentos está intimamente relacionado à concessão de crédito (considerando que o cartão de crédito é o tipo de dívida de 76,1% das famílias endividadas no Brasil⁷⁵), o que igualmente atrai o interesse das grandes varejistas neste mercado.

Ocorre que, como bem conceituou o próprio BC, a cidadania financeira vai muito além do simples acesso a produtos e serviços, englobando também elementos como educação financeira, proteção ao consumidor e a manutenção de canais por meio dos quais este consumidor possa desenvolver uma participação ativa no próprio sistema financeiro, o que pode não necessariamente ser contemplado no cenário em que grandes varejistas adquiram ou desenvolvam *fintechs* não necessariamente visando contribuir para a ampliação da cidadania

⁷⁴ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Cadernos do Cade: Mercado de Instrumentos de Pagamento. Outubro, 2019, p. 6-9. Disponível em <http://en.cade.gov.br/cade/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Cadernodeinstrumentosdepagamento_27nov2019.pdf>. Acesso em 20/04/2021.

⁷⁵ CNC – Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. Pesquisa de Endividamento e Insolvência do Consumidor (PEIC-2015). Disponível em <http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/perfil_de_endividamento_das_familias_brasileiras_em_2015.pdf>. Acesso em 20/04/2021.

financeira do país, mas, pelo contrário, utilizando-se de dados de consumo historicamente acumulados com o objetivo de diferenciar sua análise creditícia.

A massiva utilização de dados na economia digital, que enseja discussões importantes a respeito da sobreposição entre o Direito Concorrencial e o Direito à Proteção de Dados, foi impulsionada em decorrência da pandemia⁷⁶, o que potencializou o interesse na diferenciação da análise creditícia do varejo a partir da utilização das chamadas “*soft information*”, informações que incluem padrões comportamentais e são especialmente acumulados por meio do *e-commerce*, podendo diferenciar a análise creditícia do consumidor final.

Dessa maneira, o presente artigo propõe-se a refletir sobre se a crescente importância destes dados para o mercado de produtos e serviços financeiros pode atribuir às varejistas relevantes vantagens competitivas. Para tanto, se discutirá dois principais pontos de inflexão na doutrina que trata a respeito da sobreposição entre o Direito da Concorrência e o Direito à Proteção de Dados, quais sejam (i) se os dados podem ser interpretados como um substrato para o aumento das barreiras à entrada; e (ii) se o acúmulo de dados sobre o comportamento do consumidor pode representar uma ameaça concorrencial por meio de *non-price factors*.

Com base nestas discussões, busca-se compreender se, tanto o acúmulo de “*soft information*”, quanto a despreocupação com a integralidade da cidadania financeira podem originar possíveis práticas abusivas, como a prevenção do chamado *multihoming*, em razão dos desincentivos para que os varejistas estimulem a interoperabilidade, procurando encurralar o consumidor nas suas próprias soluções.

Para tanto, o artigo encontra-se dividido em três seções. Na primeira seção, explora-se o caso da estratégia construída pela Via Varejo que converteu uma parceria com a startup Banqi na sua aquisição para o oferecimento de serviços financeiros B2C. Procura-se aqui exemplificar o objeto de análise propriamente dito.

A segunda seção, por sua vez, descreve como se deu a evolução do marco regulatório para *fintechs* no Brasil, introduzindo problemáticas

⁷⁶ A Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (Abcomm) estimou que o crescimento do e-commerce (considerando apenas o mês de maio de 2020) tenha sido de aproximadamente 30%. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/a-grande-guerra-do-e-commerce/>>, acesso em 04/05/2020.

concorrenciais e regulatórias enfrentadas pelas autoridades brasileiras nos últimos anos e procurando extrair os principais objetivos perseguidos nos momentos de intervenção, com o propósito de analisar a tutela da “cidadania financeira” sob o ponto de vista das recentes soluções que veem sendo oferecidas, tanto no mercado de meios de pagamento, quanto no mercado de crédito propriamente dito.

Em seguida, a terceira seção discutirá a sobreposição entre o Direito Concorrencial e o Direito à Proteção de Dados no Brasil, analisando o segundo fator no que diz respeito à utilização massiva de dados e as suas possíveis consequências concorrenciais, abordando, individualmente, cada um dos dois pontos de inflexão trazidos acima. A quarta seção então cuidará de discutir se as “*soft information*” utilizadas por grandes varejistas ao ingressarem no mercado de produtos e serviços financeiros possuem características suficientes para serem considerados barreiras à entrada. Finalmente, como considerações finais, se discutirá sobre a tutela de possíveis comportamentos abusivos de acordo com a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência.

2. O caso via varejo e a proliferação do movimento dos varejistas no setor de produtos e serviços financeiros

Apesar do formato de shopping digital não ser uma novidade entre os varejistas brasileiros, o oferecimento de serviços financeiros conectados às suas lojas online é.

Em setembro de 2008, a Via Varejo (detentora das marcas Ponto Frio e Casas Bahia) firmou um acordo de parceria, adquirindo a opção de compra de até 80% da startup de tecnologia financeira Airfox. Segundo o Fato Relevante divulgado ao mercado em 12/09/2018⁷⁷, o objetivo da então parceria foi desenvolver soluções de *Mobile Point of Sale*, o que permitiria aos clientes das Casas Bahia efetuar pagamentos diretamente por meio de seu aplicativo próprio. Exatamente doze dias depois, a companhia divulga sua parceria exclusiva com a empresa de tecnologia do Grupo Santander, a Getnet.

Nas palavras de seu então Diretor de Relação com Investidores, Felipe Coragem Negrão, a parceria com a Getnet previa “*ofertar aos sellers da Via Varejo uma solução abrangente de serviços financeiros*”.

⁷⁷Disponível em http://www.ri.viavarejo.com.br/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=52980&conta=28&id=254846, acesso em 02/05/2020.

Esta mesma comunicação destacou ainda que a solução desenvolvida permitiria a gestão detalhada da administração de fluxos financeiros pelos *sellers* nas transações realizadas dentro da plataforma eletrônica de Marketplace, por meio de serviços como a antecipação de recebíveis, conciliação de vendas e geração de boletos⁷⁸.

Em 05/06/2019, ou seja, menos de um ano após o início de sua parceria com a Airfox, a Via Varejo veiculou comunicação de fato relevante, na qual anunciava o lançamento do banQi, banco digital que *“pretende originar clientes e oferecer serviços de pagamento valendo-se da capilaridade nacional das aproximadamente 750 lojas Casas Bahia espalhadas pelo Brasil, e dos mais de 60 milhões de consumidores que já se relacionaram e conhecem as marcas da Via Varejo”*⁷⁹.

Meses mais tarde, em 07/02/2020, o grupo então anuncia o exercício da opção de compra de 80% da Airfox e a consequente aquisição de 100% da banQi pela Via Varejo. Nesta comunicação, divulga-se que

“A operação do banQi conta com um diferencial único, que é a união de uma fintech pioneira no desenvolvimento de uma plataforma de soluções de inovação digital em crédito, meios de pagamento e serviços digitais, ao maior varejista de eletrodomésticos do Brasil, com seus 84 milhões de clientes, mais de 1000 lojas e o mais famoso crediário do Brasil”⁸⁰.

A estratégia adotada pela Via Varejo ainda antes da eclosão da crise pandêmica antecipou uma tendência de comportamento de consumo que já havia sido indicada no estudo conduzido pela Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo (SBVC)⁸¹, que analisou as formas de pagamento

⁷⁸ Comunicado ao Mercado: Parceria com a Getnet”. Disponível em <<http://ri.viavarejo.com.br/arquivamentos-cvm/todos-os-arquivamentos/>>, acesso em 02/05/2020.

⁷⁹ Comunicado ao Mercado: Via Varejo e Airfox evoluem a parceria e lançam banQi, Disponível em <https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/ce9bf9f-fb19-49b9-9588-c4c6b7052c9c/file_manager/7cb02bb9-90c4-44c3-bbf5-c3e8851893fa/comunicado_ao_mercado_via_varejo_e_airfox_evoluem_a_parceria_e_lancam_banqi.pdf>, acesso em 02/05/2020.

⁸⁰ Comunicado ao Mercado: Exercício de opção de compra das ações da AirfoxbanQi e aquisição de participação adicional. Disponível em <https://mz-prod-cvm.s3.amazonaws.com/6505/IPE/2020/eb8cf374-0976-4dd5-a4d6-d475b701523e/20200207230954118733_6505_735138.pdf>, acesso em 02/05/2020.

⁸¹ Estudo publicado no site da instituição e disponível mediante cadastro em <<http://sbvc.com.br/qrcode/>> Acesso em 04/05/2020.

utilizadas pelo varejo em 2019, concluindo que, à época, cerca de 24% das compras realizadas nas lojas físicas já eram pagas por meio de aplicativo, enquanto outros 17% delas, utilizando QR Codes. A mesma pesquisa, que acessou os maiores players de mercado nos seis diferentes segmentos de varejo, também chegou à conclusão de que 82% dos varejistas manifestavam a pretensão de implementar a utilização de QR Code em suas lojas físicas.

Diferentemente da trajetória da Via Varejo, que coincidiu com o crescimento da utilização de dados no setor, a Renner e a Riachuelo já se utilizavam da estratégia de oferecer serviços financeiros aos seus clientes, anos antes. Assim, desde 2010, o cartão Renner já incorporava as bandeiras Mastercard e Visa, com a justificativa de que estes serviços serviriam para facilitar a tomada de crédito dos clientes na hora de sua compra⁸².

O caso da Via Varejo, contudo, traz elementos adicionais aos cartões de crédito oferecidos por varejistas anos atrás. Em primeiro lugar, vê-se que a solução de serviços financeiros foi criada a partir da aquisição de *fintechs* já existentes. E, em segundo lugar, as soluções trazidas buscam não apenas atender às necessidades da população desbancarizada⁸³, como também fornecer crédito aos seus concorrentes diretos, chamados *Sellers*, que se utilizam de sua plataforma para anunciar e veicular seus produtos.

Assim, vez que a utilização das novas tecnologias de processamento de dados permite aos varejistas concentrar informações de consumo reincidente, pergunta-se até que ponto o uso desta informação

⁸² “Novo cartão Renner terá bandeiras Mastercard e Visa”. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/negocios/novo-cartao-renner-tera-bandeiras-mastercard-visa-593422/>>, acesso em 04/05/2020.

⁸³ Esta estratégia de direcionar meios de pagamento alternativos à parcela desbancarizada da população brasileira foi manifestada recentemente pelo WhatsApp, aplicativo que passou a oferecer um método de pagamento direto por meio de seu aplicativo de mensagens: o “WhatsApp Pay”. Ao analisar o caso, o vice-presidente da SBVC, Alberto Serrentino, narrou que a democratização do crédito destes desbancarizados havia se iniciado com a aproximação dos bancos das empresas de varejo, fazendo com que este mercado de desbancarizado esteja hoje nas mãos de grandes bancos. In “Com função de pagamentos, WhatsApp pode se tornar *superapp* e ameaçar bancos”. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/06/15/com-funcao-de-pagamentos-whatsapp-deve-se-tornar-super-app-como-wechat>>, acesso em 16/07/2020.

poderá ensejar comportamentos abusivos sob o ponto de vista concorrencial, conforme será analisado nas próximas seções.

3. A evolução do arcabouço regulatório de *fintechs* no Brasil: concorrência e o conceito de “cidadania financeira”

O movimento que as varejistas brasileiras vêm realizando em ofertar serviços financeiros aos seus clientes não é inédito, conforme vimos nos exemplos dos cartões Renner. Há, no entanto, dois marcos importantes que pautarão a interpretação sobre os seus efeitos no mercado, como exemplificado no caso da Via Varejo.

Em primeiro lugar, a existência das *fintechs*, o que, conforme se verificará a seguir, foi especialmente impulsionada pelo desenvolvimento de um marco normativo próprio, pautado pela preocupação em ampliar a concorrência no mercado bancário brasileiro. O segundo marco, por sua vez, remete ao volume de dados e o seu processamento por meio da utilização de tecnologias de inteligência artificial, o que tem originado amplo debate, especialmente no direito antitruste, no que diz respeito à necessidade de novas ferramentas regulatórias capazes de identificar condutas anticoncorrenciais em mercados digitais⁸⁴ - e será objeto da seção seguinte.

No que diz respeito ao primeiro marco, uma das primeiras discussões jurídicas envolvendo o enquadramento de uma plataforma digital oferecendo serviços financeiros na jurisdição brasileira aconteceu

⁸⁴ Sobre o tema, cabe mencionar a existência de importantes relatórios, como o “Stigler Committee on Digital Platforms” (2019). Disponível em <<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>>; o “*Big data and innovation: Key Themes for Competition Policy in Canada*” (2018). Disponível em [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf); “Autorité de la Concurrence e Bundeskartellamt, ‘Competition Law and Data’ (2016). Disponível em <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>; “Competition Policy for the Digital Era” (2019). Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>; “Australian Competition and Consumer Commission, ‘Digital Platforms Inquiry - Final Report’ (2019). Disponível em <<https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>>, dentre outros.

em 2010. Essa discussão, contudo, não envolvia uma *fintech*, e sim um *marketplace*, o que denunciava a então inabilidade das autoridades em entender a profundidade das transformações que estariam por vir.

A *Fairplace*, *start up* objeto destas discussões, era uma plataforma que se propunha a melhorar a transparência do mercado de crédito no Brasil, oferecendo ao consumidor a possibilidade de comparar taxas de juros em tempo real, o que eventualmente poderia resultar na intermediação de contratos de empréstimo celebrados entre indivíduos e instituições financeiras. Entretanto, a pedido do Banco Central (BC), a operação acabou sendo objeto de instauração de inquérito por parte do Ministério Público Federal (MPF), sob o argumento de que a *Fairplace* estaria atuando como se Instituição Financeira fosse, sem autorização. Na verdade, o que a acusada fazia era tão somente proporcionar transparência ao consumidor final, inserindo instituições financeiras tradicionais no seu modelo de negócio⁸⁵.

Após o precedente da *Fairplace* e em função dos altos custos que o formato daquela operação representava para instituições não-financeiras, as discussões sobre a normatização de um modelo operacional alternativo iniciaram-se, culminando na Resolução BC 4.656/2018, responsável por criar figuras como a Sociedade de Crédito Direto (SCD)⁸⁶ e a Sociedade de Crédito entre Pessoas (SEP)⁸⁷. Na ocasião, ao normatizar o novo modelo que *fintechs* de crédito poderiam

⁸⁵ Esta inserção era realizada por meio de uma operação ativa vinculada, estrutura jurídica que permitia a intermediação de empréstimos com a presença de uma instituição financeira responsável por garantir o lastro de todas as operações realizadas pelo correspondente bancário, e cuja realização fora autorizada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), a partir da Resolução nº 2.921/02. Dita Resolução, no entanto, limitava-se a permitir que a Instituição Financeira vinculasse uma operação de empréstimo ao investimento que ela captou no mercado por meio de um Recibo de Depósito Bancário (RDB).

⁸⁶ De acordo com os Arts. 3º, 4º e 5º da Res 4.656/2018, as SDCs estão autorizadas a oferecer empréstimos, financiamentos ou a própria aquisição de direitos creditórios com a utilização de seu capital próprio, sendo-lhes vedada a captação de recursos públicos (com a exceção de que isto aconteça a partir da emissão de ações), bem como a participação no capital das próprias instituições financeiras.

⁸⁷ O Art. 7º, por sua vez, determina que as SPEs continuarão sendo tratadas como intermediadoras, estando a sua atuação limitada ao oferecimento de serviços como análise e cobrança de crédito, representação de seguros e distribuição ou emissão de moeda eletrônica, sendo-lhes unicamente permitido reter riscos de crédito de até no máximo 5% do patrimônio do fundo que integra o seu modelo de negócios, além da possibilidade de cada prestador fornecer até R\$ 15.000,00 por tomador.

adotar, o BC deixou claro que o objetivo daquele movimento estava estritamente relacionado com a possibilidade de aumentar a concorrência no mercado de crédito nacional⁸⁸.

Neste mesmo sentido, esta Autarquia, atuando com o apoio do Congresso Brasileiro, havia mobilizado, anos antes, a concepção de uma iniciativa legislativa que resultou na publicação da Lei 12.865/2013, o marco normativo nacional que hoje regula o mercado de meios de pagamento no país. Novamente, a preocupação que culminou na iniciativa legislativa envolvia preocupações de cunho concorrencial. Segundo relata o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), entre 1995 e 2019, foram identificados cerca de 121 processos que tratavam acerca de possíveis prejuízos à concorrência no mercado de meios de pagamento (Cade, 2019, p. 6).

Ainda em 2010, o BACEN divulgou, em parceria com as então secretarias da SEAE e da SDE, um relatório que tratava a respeito da indústria de cartões de pagamentos⁸⁹, apresentando um verdadeiro mapeamento do setor, com o objetivo de identificar os principais fatores que teriam o potencial de gerar ineficiências e comprometer a concorrência dos agentes que o compõem⁹⁰. Segundo aponta o Cade (2019, p. 8-9), este relatório apresentava três aspectos que estariam impactando a competição daquele mercado à época, sendo eles (i) a não-neutralidade do prestador de serviços de rede – serviços que eram oferecidos pelas principais credenciadoras do mercado à época, ou seja, Visanet e Redecard; (ii) a ausência de interoperabilidade entre prestadores de serviço de rede; e (iii) a exclusividade contratual que os estabelecimentos comerciais se viam obrigados a firmar com as credenciadoras de cartões.

⁸⁸ De acordo com a Consulta Pública 55/2017, o próprio Banco Central deixou claro que “a regulamentação proposta (referindo-se à Res. 4.656/2018) visa a aumentar a segurança jurídica no segmento, elevar a concorrência entre as instituições financeiras e ampliar as oportunidades de acesso dos agentes econômicos ao mercado de crédito” (grifo nosso). Disponível em <<https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetailarAudenciaPage?1>>, acesso em 10/07/2020.

⁸⁹ A íntegra do documento oficial produzido pelo BC em parceria com as Secretarias de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Direito Econômico (SDE) pode ser acessada pelo sítio da instituição e está disponível em <https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/sistema_pagamentos_brasileiro/Publicacoes_SPB/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em 13/07/2020.

⁹⁰ Cade, 2019, p. 5.

Ora, estes três aspectos revelam condutas anticoncorrenciais que reduzem o bem-estar do consumidor tanto por meio da elevação do preço (em virtude da diminuição de ofertantes de serviços bancários pela imposição de barreiras à entrada), quanto pela redução na qualidade dos serviços. Ademais, a preocupação regulatória do Banco Central também incluía a redução da parcela populacional brasileira conhecida como “desbancarizada”, o que motivou, para além do desenvolvimento do arcabouço normativo já mencionado, ainda outras iniciativas como o *Open Banking*⁹¹ e o sistema de pagamentos instantâneos *Pix*⁹². Entretanto, com o advento da pandemia, o protagonismo das *fintechs* em oferecer canais de distribuição de serviços financeiros para o público “desbancarizado” evidenciou uma importante problematização que diz respeito ao reducionismo desta aparente “bancarização”.

É intuitivo pensar que, ao aumentar a disponibilidade de crédito e incluir mais “desbancarizados” no sistema financeiro, a sociedade como um todo se beneficiaria. Entretanto, o conceito de cidadania financeira utilizado pelo Banco Central⁹³ envolve mais do que o simples acesso ao crédito, estando representado por quatro pilares, sendo eles: (i) o pilar da inclusão financeira, definida como o acesso do cidadão a serviços

⁹¹ De acordo com a Resolução Conjunta n. 1 e a Circular 4.015, por meio das quais o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o BC regulamentam o funcionamento do *Open Banking* no país, a expectativa das instituições com essa iniciativa é de “aumentar a eficiência, a competitividade e a transparência do sistema financeiro”, vez que “permitirá o compartilhamento padronizado de dados e serviços pelas instituições reguladas por meio da abertura e da integração de seus sistemas, com o uso de interfaces dedicadas para essa finalidade”. In BANCO CENTRAL DO BRASIL. “Conselho Monetário Nacional e Banco Central regulamentam o *Open Banking* no país: Regras serão implementadas gradativamente pelas instituições reguladas. Medida deve aumentar a competitividade e a eficiência do sistema financeiro” (04/05/2020). Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/448/noticia>>. Acesso em 01/12/2020.

⁹² De acordo com o Banco Central, “além de aumentar a velocidade em que pagamentos ou transferências são feitos e recebidos, o *Pix* tem o potencial de alavancar a competitividade e a eficiência do mercado; baixar o custo, aumentar a segurança e aprimorar a experiência dos clientes; incentivar a eletrônica do mercado de pagamentos de varejo; promover a inclusão financeira; e preencher uma série de lacunas existentes na cesta de instrumentos de pagamentos disponíveis atualmente à população”. In BANCO CENTRAL DO BRASIL. “O que é o *Pix*?” (04/05/2020). Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/pix>>. Acesso em 01/12/2020.

⁹³ BANCO CENTRAL. “O que é cidadania financeira?”. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/cidadania/financeira>>. Acesso em 1/12/2020.

financeiros que se adequem às suas necessidades; (ii) o pilar da educação financeira, que envolve a concessão de oportunidades para que o cidadão possa desenvolver capacidade e autoconfiança que lhe possibilitem uma boa gestão de seus recursos financeiros; (iii) o pilar da proteção ao consumidor, que demanda um ambiente de negócios capaz de gerar confiança, contando com informações simples e mecanismos para a solução de conflitos; e (iv) o pilar da participação, que remonta a ideia de que o consumidor precisa dispor de canais por meio dos quais ele possa participar ativamente do sistema financeiro.

Neste sentido, autores como KALVURI E MILNE (2019, p. 11) inclusive relatam uma deficiência na literatura ao explorar casos de insucesso em se tratando do papel de *fintechs* na promoção da inclusão financeira da população – isto porque a simples bancarização por meio da abertura de uma conta digital ou de uma *e-wallet*, por exemplo, está longe de representar o acesso a serviços financeiros adequados à realidade do consumidor final. Quando ampliamos o leque das *fintechs* para incluir varejistas oferecendo serviços financeiros, este reducionismo pode ser aprofundado, o que, de pronto, já pode apresentar preocupações importantes no que diz respeito à redução do aspecto qualitativo do produto.

Os meios de pagamentos são, em geral, o primeiro investimento de varejistas e de *Big techs* ao explorarem o universo dos serviços financeiros. Isto porque oferecer meios alternativos de pagamentos resolve um gargalo importante no atual modelo de negócio das plataformas criadas por estes varejistas, onde fornecedores e consumidores se encontram, o que requer a garantia de um pagamento antecipado e seguro.

Ocorre que simplesmente possibilitar este pagamento está longe de ajudar na promoção de uma cidadania financeira. No relatório recentemente publicado pelo Fundo Monetário Internacional – FMI (SAHAY ET AL, 2020, p. 38), analisa-se a promessa das *fintechs* em promover inclusão financeira na era pós-Covid 19, oportunidade em que são suscitadas importantes preocupações, como a pressão que *fintechs* e *Big techs* representam às instituições tradicionais empenhadas no fornecimento do microcrédito e a fragilidade da relação de confiança

construída entre o consumidor e as plataformas, quando tratamos de serviços financeiros digitais⁹⁴.

Ora, conforme preceituam LANDES E POSNER (1981, p. 937), os danos ao consumidor em uma análise concorrencial não estão restritos ao aumento dos preços, mas podem estender-se também, por exemplo, ao fornecimento de produtos de baixa qualidade. Assim, para além do reducionismo no conceito bancarização explorado pelos agentes, a posse do histórico de consumo dos clientes destes varejistas origina importantes questões com relação ao comportamento dos usuários e aos parâmetros para a utilização de seus dados financeiros.

Dentre os poucos autores que apresentam preocupações desta ordem, destacam-se BORGOGNO E COLANGELO (2020, p. 6), ao observar que indivíduos não prestam muita atenção nos custos relacionados à manutenção de uma conta bancária, por exemplo, o que os torna ignorantes com relação aos benefícios que poderiam auferir mediante a troca ou mesmo a melhor utilização de suas contas.

Os autores então chamam atenção para a possibilidade de *fintechs* auxiliarem o consumidor a quebrar esta inércia de utilização, o que apenas seria possível por meio da portabilidade das informações bancárias, auxiliando para que, em posse de seus dados de consumo, as *fintechs* pudessem cumprir com esta função social de aumentar a qualidade e melhorar o preço dos serviços financeiros oferecidos, contribuindo para uma melhor experiência do consumidor.

Entretanto, conforme se verificará na seção seguinte, a presença de varejistas na cadeia deste tipo de operação pode acabar inibindo este papel social das *fintechs*, vez que sua posição dominante pode criar incentivos para a adoção de possíveis práticas abusivas. Neste sentido, HOVEMKAMP (2020, p. 78-96) aponta que, dentre os remédios antitruste mais efetivos para evitar violações concorrenciais no caso de plataformas digitais, a interoperabilidade forçada e a possibilidade de quebra da propriedade ao invés dos ativos seriam o ideal. Contudo, em se tratando de operações por meio das quais as plataformas adquirem firmas

⁹⁴ Os autores explicam que o progresso da inclusão financeira digital baseia-se no delicado equilíbrio entre a conveniência da tecnologia e a confiança dos consumidores nas *fintechs*, o que faz com que eventuais fraudes na manipulação de dados, por exemplo, possa vir a erodir o pilar da confiança, fazendo com que os consumidores preocupem-se em disponibilizar a menor quantidade possível dos seus dados, o que, por sua vez, afeta o principal ativo utilizado pelas *fintechs* na promoção da inclusão financeira. In SAHAY ET AL, 2020, p. 38.

nascentes com o objetivo de complementar seus serviços ou adquirir tecnologias diferenciadas, os instrumentos atualmente utilizados pelo Direito Antitruste podem não ser os mais adequados⁹⁵.

Assim, é possível que a aquisição de *fintechs* por plataformas digitais desenvolvidas por varejistas com relevante poder de mercado possa vir a apresentar preocupações relevantes, especialmente no que diz respeito ao aspecto qualitativo do produto, o que remete ao aparente reducionismo do objetivo de cidadania financeira originalmente defendido pelo Banco Central, afetando, inclusive, outro bem tutelado por esta Autarquia, qual seja, a estabilidade financeira.

Quando uma grande varejista oferece um serviço financeiro em posse dos dados de consumo do seu cliente, a lógica de portabilidade das informações com outros fornecedores parece ser rompida, exatamente por não haver, como é o caso do *open banking*, parâmetros para o seu compartilhamento.

Assim, ao se utilizarem desta estratégia, as varejistas acabam remontando a necessária relação de confiança inicial deste consumidor com a plataforma, conforme apontam estudos como LEE ET AL (2009, p. 283) ao analisarem as principais barreiras para a adesão inicial do consumidor aos serviços de *mobile payment*, ou VIVES (2016), que aponta a falta de reputação e de reconhecimento da marca dentre as principais barreiras de entrada do setor financeiro como um todo. Neste sentido, o datacentrismo acaba revolucionando a forma com que enxergamos a concorrência. Para KALVURI E MILNE (2019, p. 13), por exemplo, existe um vasto campo de questões ainda inexploradas sobre como a relação entre consumidores e os intermediários, em quem eles depositam a sua confiança, poderia impactar a disposição deste consumidor em compartilhar suas informações ou mesmo engajar-se com um novo fornecedor.

Ou seja, quanto maior o acúmulo de dados por parte de varejistas que oferecem serviços financeiros em paralelo, maior é a capacidade que ele terá em conhecer exatamente qual produto financeiro vender para este consumidor, escolha que não está em linha com o que lhe é mais adequado e sim com o que lhe parece mais atrativo⁹⁶.

⁹⁵ HOVENKAMP (*Ob cit*, p. 106-113).

⁹⁶ SAHAYA ET AL (*Ob cit*, p. 36-37) também manifestam importantes preocupações com relação à concessão de crédito por plataformas de serviços digitais na era pós-Covid 19, no sentido de que isto poderia aumentar a exposição do sistema ao risco sistêmico.

Assim, quando um varejista se utiliza de seu próprio histórico de consumo no varejo para oferecer serviços financeiros direcionados, é possível que se esteja deixando de lado a promoção da cidadania financeira em uma corrida para simplesmente conceder crédito e, com isto, aumentar o consumo. Neste sentido, KAFFENBERG ET AL (2018) chamam atenção para o fato de que crédito digital “fácil” cria riscos para a parcela populacional com conhecimentos financeiros limitados.

Após estudar o *trade-off* entre estabilidade financeira e competitividade no setor bancário, VIVES (2016) identificou dois canais por meio dos quais uma política inteiramente calcada em aumentar a competitividade do setor bancário pode aumentar a estabilidade financeira do sistema, quais sejam (i) por meio da exacerbação de problemas de coordenação entre correntistas e investidores, o que pode fomentar corridas bancárias; e (ii) ao aumentar os incentivos dos agentes em tomar riscos, o que aumenta a probabilidade de *default*.

Veja-se que o aspecto qualitativo do produto, neste caso, possui não apenas uma consequência direta ao consumidor sob o ponto de vista microeconômico e que remete a aspectos de economia comportamental, como também aspectos macroeconômicos, que remetem ao risco de instabilidade financeira – especialmente, tendo-se em conta, conforme apontam MANO E PADILLA (2018, p. 9), que a existência de uma regulação assimétrica pode contribuir para este efeito⁹⁷.

Contudo, para que a análise da conduta dos varejistas seja consolidada sob o ponto de vista concorrencial, é imprescindível discutir sobre se, de fato, a utilização dos dados que detêm as fornece vantagem competitiva desleal. Assim sendo, a próxima seção se dedicará a discutir os principais pontos de inflexão na doutrina que trata da sobreposição entre o Direito Concorrencial e o Direito à Proteção de Dados, com o objetivo de identificar se há condições suficientes para que o uso de das

⁹⁷ Segundo MANO E PADILLA (2018, p. 9), devido ao fato de que alguns autores vêm argumentado que, para que bancos e *fintechs* possam competir de forma razoavelmente justa, faz-se necessária a utilização de uma regulação assimétrica, o que inspirou, por exemplo, iniciativas como a *Payment Services Directive* (PSD2) adotada na União Europeia. A PSD2, com o intuito de obrigar a interoperabilidade e romper a barreira de entrada bancária no que diz respeito à detenção de históricos de crédito, impôs às instituições bancárias tradicionais um alto custo de *compliance* regulatório, criando zonas cinzentas que podem beneficiar outros *players*, como é o caso das Big Techs (exemplo dado pelos autores) e, conseqüentemente, também das grandes varejistas que atualmente atuam neste mercado adjacente por meio de suas respectivas plataformas digitais.

chamadas “*soft information*” possa, de fato, representar uma vantagem competitiva desleal com relação aos produtos e serviços financeiros oferecidos por estas varejistas no mercado adjacente.

4. A sobreposição entre o direito concorrencial e o direito à proteção de dados no ordenamento brasileiro: aspectos concorrenciais do uso de “*soft information*” pelos varejistas

Em um cenário como este, a competitividade das próprias *fintechs* acaba sendo reduzida a partir da entrada de grandes grupos varejistas, uma vez que o seu acesso limitado às chamadas “*soft information*” pode comprometer sua análise de crédito⁹⁸, especialmente durante um período de exceção, como é o caso da crise pandêmica. Ora, este tipo de informação vai além de uma análise de crédito convencional e só pode ser construído ao longo do tempo.

Conforme preceituam LIBERTI E PETERSEN (2018, p.1), o valor agregado da “*soft information*” está não apenas na possibilidade de melhor instruir a decisão dos bancos sobre sua concessão de crédito, mas principalmente da dificuldade que existe em replicar e transmitir este tipo de informação fora do banco.

Ou seja, quando um varejista se propõe a oferecer serviços financeiros dentro do seu modelo de negócio, ele tem a capacidade de importar informações que devem ser caracterizadas como “*soft information*”, vez que, tanto o contexto, quanto a forma com que a informação é recolhida, fazem parte da informação em si⁹⁹.

Ao diferenciar dados tradicionais destes “dados alternativos”, a *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)*, agência de proteção financeira ao consumidor estadunidense explica que, enquanto dados tradicionais remetem aqueles coletados e geridos nos principais arquivos de serviço de proteção de crédito (CFPB, 2017, p. 4-5), os alternativos referem-se a quaisquer dados que não são historicamente utilizado para

⁹⁸ “*FinTech companies face some non-trivial competitive disadvantages vis-à-vis incumbent banks: the absence of an installed, loyal customer base; limited access to soft information about potential customers; lack of reputation and brand recognition, and a relatively high cost of capital*”. MANO E PADILLA (2019, p.3).

⁹⁹ Ao pesquisar sobre a performance de diferentes fornecedores de crédito comparando a utilização de tipos de informação distintos, IYER ET AL (2016), concluíram que a chamada *soft information* pode ser relativamente mais importante no processo decisório sobre concessão de crédito a devedores de “baixa qualidade”, ou seja, devedores com menor propensão a quitar a dívida contraída.

análise e fornecimento de crédito, como por exemplo, (i) dados relativos a outros pagamentos regulares que não empréstimos (como telecomunicações, seguros e outros utilitários); (ii) informações sobre picos de gastos e regularidade de entradas e saídas de uma conta corrente; (iii) dados relacionados à estabilidade do consumidor (frequência de mudança da sua residência, emprego, números de telefone e e-mail), à sua rede de relacionamentos e escolaridade, bem como (iv) dados referentes aos seus comportamentos e hábitos de consumo, o que remete a sua forma de interação com a interface web ou sobre como compram, navegam na rede ou utilizam dispositivos em suas vidas diárias (CFPB, 2017, p. 9-10).

Conforme explicam MANO E PADILLA (2018, p. 9-12), é possível que entrantes possam não conseguir competir efetivamente por tomadores de crédito, a menos que tenham acesso não apenas ao histórico de crédito do indivíduo, como também às chamadas “*hard*” e “*soft information*”, assim como o fazem as incumbentes.

Neste sentido, para que os aspectos concorrenciais da detenção deste tipo de informação por parte de varejistas que se aventuram no mercado adjacente de serviços financeiros sejam analisados, faz-se necessário retomar atuais pontos de inflexão na doutrina que trata sobre a aplicação do Direito Antitruste nas plataformas digitais.

Assim, em que pese as constantes atualizações sofridas com relação às tentativas de sistematizar teorias de danos concorrenciais que expliquem o efeito das intercessões entre o antitruste e a privacidade de dados¹⁰⁰, seja pela casuística ou mesmo pela própria dinamicidade inerente à natureza do mercado de plataformas digitais, até a data do presente artigo, três principais questões pareciam resumir o debate na atualidade, quais fossem (i) se os dados podem ser interpretados como um substrato para o aumento das barreiras à entrada; e (ii) se o acúmulo dados sobre o comportamento do consumidor pode representar uma

¹⁰⁰ A tipologia apresentada por COLANGELO E MAGGIOLINO (2017, p. 7-8), por exemplo, já se encontra obsoleta, vez que deixa de incluir, por exemplo, as particularidades do raciocínio utilizado no caso Facebook (2019), em que se entendeu, para além de uma redução de incentivos para competir por maiores níveis de privacidade (o que os autores denominaram como primeira teoria), uma verdadeira tentativa de ultrapassar a autorização originalmente concebida pelo usuário da plataforma, de forma que suas informações pudessem ser utilizadas para outros fins.

ameaça concorrencial por meio de *non-price factors*. Cada um destes pontos será analisado individualmente nas subseções a seguir.

4.1. *Dados podem ser interpretados como um substrato do aumento das barreiras à entrada?*

No que concerne à discussão sobre os dados como barreira de entrada no mercado, importa inicialmente ressaltar o posicionamento do relatório europeu “*Competition Policy for the Digital Era*”, o qual conclui que o acesso a uma grande base de dados pode conferir vantagem competitiva, especialmente quando atrelado à possibilidade de oferecer mais qualidade ao serviço finalmente prestado¹⁰¹.

A posição do relatório europeu, contudo, não é unânime, encontrando objeções manifestadas pelo relatório canadense, que trata sobre a falta de clareza quanto à existência de uma revolução de dados¹⁰². Além dele, o posicionamento manifestado no estudo conjuntamente realizado pelas autoridades antitruste francesa e alemã em 2016 foi de que, não obstante o fato de serem importantes, dados podem, em determinadas situações, manter sua característica de bem comum¹⁰³.

Inclusive, cabe ainda ressaltar que este estudo franco-germânico possui entendimento semelhante àquele manifestado pela decisão inicial do *Bundeskartellamt* no caso Facebook, no que diz respeito aos objetivos da GDPR e da lei antitruste. Diferentemente do entendimento de GRUNES E STUCKE (2015, p. 4), que identificam o fato de que leis de

¹⁰¹Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye and Heike Schweitzer. *Competition Policy for the Digital Era*, relatório publicado pelo Directorate-General of Competition da União Europeia em março de 2019 e disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>.

¹⁰² “*Big data and innovation: Key Themes for Competition Policy in Canada*” (2018), p. 4. Disponível em [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf).

¹⁰³ *Autorité de la Concurrence e Bundeskartellamt*, “*Competition Law and Data*” (2016). Disponível em <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, ps. 12 e 39. Ainda sobre o tema, importa mencionar também o relatório da autoridade japonesa, o qual menciona que a análise sobre se os dados estão ou não exercendo o papel de um bem comum depende muito de seu grau de substituíbilidade. In JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. “Report regarding Trade Practices on Digital Platforms”. Disponível em <<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031Report.pdf>>.

privacidade e leis antitruste servem a diferentes objetivos como um mito, tanto o estudo de 2016, quanto a decisão de 2019 reiteram a visão de que, ainda que haja diferença quanto aos objetivos de cada lei, não é por isso que a questão da privacidade poderá ser excluída do escrutínio antitruste¹⁰⁴.

É interessante notar que essa inclusão da proteção de dados no escopo de análise antitruste, quando não vem pelo reconhecimento de que as leis possuem o mesmo objetivo, é transmitida por meio do entendimento de que a utilização de dados contribui à construção do agente com posição dominante. No caso Facebook, por exemplo, a *ratio decidendi* inicial do Bundeskartellamt perpassa pelo reconhecimento da violação da proteção de dados como uma forma de manifestação de poder de mercado da empresa, ou seja, foi por meio do processamento inapropriado de dados que a companhia adquiriu vantagem competitiva sobre os seus concorrentes, ocasionando uma barreira de entrada no mercado¹⁰⁵.

Sobre o tema, HOVENKAMP (2020, p. 28) leciona que, assim como ocorre com os efeitos de rede, o acúmulo de grande quantidade de dados do consumidor tem a propensão de tornar-se uma poderosa barreira à entrada especialmente quando é impossível vislumbrar uma substancial diferenciação no produto. Contudo, este tema está longe de ser um consenso na doutrina¹⁰⁶.

Na perspectiva econômica, é possível que os dados gerados por uma firma possam vir a gerar diferentes valores agregados eficiências ao longo das curvas de oferta e demanda. Sob o ponto de vista da oferta, o acúmulo de dados pode representar o mesmo efeito de uma curva de conhecimento, fazendo com que a firma que detém estes dados possa ser capaz de oferecer um melhor produto ou serviço, conforme pontuou o

¹⁰⁴ *Autorité de la Concurrence e Bundeskartellamt*, Ob cit, p. 23-24.

¹⁰⁵ “Case Summary: Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing”, 15/02/2019, p. 11. Disponível em <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4>.

¹⁰⁶ Dentre os autores que advogam a favor do reconhecimento dos dados como barreiras à entrada, pode-se citar RUBINFELD E GAL (2017) e MAHNKE, Robert. “Big Data as a Barrier to Entry”. *CPI Antitrust Chronicle* (05/2015). Disponível em <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Mahnke2May-152.pdf>>. Acesso em 16/11/2020. Há também vários autores que são desfavoráveis a este entendimento, podendo-se citar, por exemplo, MANNE E SPERRY (2015); e TUCKER E WELLFORD (2014).

próprio relatório europeu. Do lado da demanda, é possível que o acúmulo de dados possa auxiliar no oferecimento direcionado de produtos, o que gera diferentes problemáticas, conforme se discutirá no subcapítulo a seguir.

Assim, esta análise dependerá especialmente da identificação de determinados elementos no caso concreto. Para auxiliar nesta tarefa, SIVINSKI ET AL (2017) desenvolveram um framework em que os seguintes critérios são utilizados: (i) se a firma detém ou controla os dados em comento; (ii) se os dados estão comercialmente disponíveis como um produto ou como um insumo no desenvolvimento dos produtos comercializados pelos seus competidores; (iii) se os dados são ou não compartilhados; e (iv) se existem substitutos razoáveis para aqueles dados.

4.2. O acúmulo de dados sobre o comportamento do consumidor pode representar uma ameaça concorrencial por meio de non-price factors?

A situação do impacto do acúmulo de dados com relação ao consumidor não é menos polêmica, mas parece apresentar recortes regionais importantes. GRUNES E STUCKE (2015) endereçam este tema por diferentes ângulos. O primeiro deles diz respeito à valorização da privacidade sob o ponto de vista do consumidor, ou seja, enxergando-a como um dos elementos que constroem a preferência do consumidor. Neste sentido, LANDE (2008)¹⁰⁷, há pouco mais de uma década, já reconhecia que, além de preços competitivos, consumidores também demandam um nível ótimo de elementos como variedade, inovação, qualidade e privacidade¹⁰⁸.

¹⁰⁷ “Antitrust is actually about consumer choice, and price is only one type of choice. The ultimate purpose of the antitrust laws is to help ensure that free market will bring to consumers everything they want from competition. This starts with competitive prices, of course, but consumers also want an optimal level of variety, innovation, quality, and other forms of non-price competition. Including privacy protection”.
In

LANDE (2008, p. 2).

¹⁰⁸ Um dos trabalhos citados por GRUNES E STUCKE (2015) é um interessante estudo realizado por EZRACHI E STUCKE (2014), o qual trata sobre um maior conforto das autoridades antitruste em analisar os efeitos de uma fusão nos preços em comparação do que estariam ao analisar seus efeitos com relação a outros elementos do produto final, como é o caso da qualidade. *In* EZRACHI, Ariel;

Sobre o tema, PFEIFFER (2019, p. 64) traz uma importante reflexão a respeito do chamado efeito “*race to the bottom*”, isto é, a partir do momento em que uma fusão fortalece a posição dominante das partícipes, este fenômeno muito provavelmente reduzirá os incentivos para adoção de políticas de privacidade que venham a favorecer os consumidores. Contudo, conforme destacado pela OCDE¹⁰⁹, há duas dificuldades importantes que tornam a classificação da privacidade como elemento qualitativo de um produto/serviço ofertado uma tarefa não tão simples, sendo elas (i) a possível falta de informações a respeito do nível de proteção de dados que esteja sendo oferecido à empresa e que sejam de fácil assimilação por parte dos consumidores; e (ii) a provável subestimativa por parte do consumidor a respeito do nível de proteção que podem obter.

O segundo ponto que também é objeto das discussões travadas por GRUNES E STUCKE (2015, p. 7) remete às chamadas “*efficiency-claims*”, termo que os autores se utilizam ao se referirem às teses de defesa usualmente apresentadas por empresas de tecnologia, como exemplificado nos casos Microsoft/Yahoo, United States vs. Bazaarvoice e TomTom/Tele Atlas – casos em que, segundo os autores, a justificativa trazida para que a concentração fosse autorizada era de que estas operações ajudariam as companhias a melhorarem o produto/serviço oferecido ao consumidor.

A primeira sugestão trazida pelos autores para confrontar este problema é para que seja realizado algum tipo de compensação entre as alegadas eficiências e os possíveis prejuízos ao bem-estar do consumidor final. Neste sentido, os autores aproveitam para criticar como as autoridades antitruste mundiais vêm acolhendo este tipo de defesa por parte das investigadas – o que, para eles, parece ser um acolhimento *prima facie*, pouco justificável.

Outra questão usualmente apontada no que diz respeito ao impacto dos dados no comportamento dos consumidores é a possibilidade da ausência de proteção de dados potencializar a exploração de vieses comportamentais. No livro que vem sendo objeto de calorosas discussões

STUKE, Maurice E. The Curious Case of Competition and Quality (Univ. of Tenn. Legal Studies Research Paper No. 256, 2014, Oxford Legal Studies Research Paper No. 64, 2014), Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2494656>>.

¹⁰⁹ OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2016, p. 16. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>.

desde a sua publicação, STUCKE E EZRACHI (2016) apontam fatores que evidenciarão esta exploração, como o aumento de consumo desnecessário e o que seria um “efeito Truman”, por meio do qual algoritmos tornam-se capazes de distorcer preços, manipulando a atenção do consumidor com relação aos produtos disponibilizados em uma plataforma. Após ligeiramente revisar as discussões travadas no que diz respeito a estes dois pontos de inflexão, passaremos então a analisar o caso concreto das varejistas.

5. “Soft information” como barreira à entrada no caso dos varejistas?

Conforme se discutiu nas seções anteriores, a análise sobre se dados podem ou não representar barreiras à entrada remete às peculiaridades da casuística. Quando trazemos esta discussão para o caso das varejistas que oferecem serviços financeiros valendo-se, para tanto, da chamada “soft information”, é pertinente analisar cada um dos critérios esmiuçados por SIVINSKI ET AL (2017)¹¹⁰.

Em primeiro lugar, sobre a detenção ou controle dos dados, varejistas não podem ser consideradas meramente processadoras de dados, vez que, de fato, são detentoras destas informações – obtidas, ao longo de anos de funcionamento, a partir do histórico relacionamento que mantêm com seus clientes.

Em segundo lugar, no que diz respeito à disponibilidade comercial destes dados, seja como produto final ou como insumo, como há um valor preditivo das chamadas “soft information” no contexto do mercado creditício, é impossível afirmar que a informação não será utilizada sob o ponto de vista competitivo. É possível, contudo, argumentar-se que a forma de valorar esta “soft information” dependerá do método de análise creditícia utilizado em cada firma. No entanto, importa ressaltar que as recentes descobertas na seara da economia comportamental apontam para a importância neste tipo de informação, que vem se tornando um insumo essencial, ainda que o grau de sua relevância venha a diferir entre diferentes fornecedores de crédito.

No que diz respeito ao compartilhamento de dados, é particularmente aqui onde está o período. No relatório em que a OCDE¹¹¹

¹¹⁰ Apesar do *framework* desenvolvido por estes autores pautar-se na GDPR europeia, entende-se que são critérios facilmente aplicáveis à atualmente vigente LGPD brasileira.

¹¹¹ Ob cit, p. 18.

trata a respeito dos aspectos concorrenciais da *Big Data*, a instituição enumera, dentre as estratégias que teriam como objetivo limitar o acesso tempestivo de rivais a dados relevantes por meio do impedimento de que outros viessem a compartilhar estes dados, tanto a inibição à portabilidade, quanto métodos como a celebração de contratos de exclusividade¹¹², por exemplo.

Neste sentido, tanto o relatório conjunto das autoridades alemã e francesa¹¹³, quanto o relatório da autoridade antitruste mexicana¹¹⁴ chamam atenção para a importância de aumentar o *multihoming* nos mercados digitais. O relatório inglês¹¹⁵, por sua vez, identifica as mais comuns estratégias utilizadas pelas plataformas para limitar o *multihoming*, como, por exemplo, a perda de dados pessoais e de reputação, termos de uso anticompetitivos, barreiras técnicas, venda-casada de serviços e inércia.

Em que pese ainda haver alguma dissonância sobre as duas primeiras temáticas tratadas anteriormente, o tema da portabilidade de dados parece ter maior consenso entre as agências antitruste, com destaque para o tratamento oferecido pela União Europeia¹¹⁶, cujo relatório trata sobre a necessidade de pensar em obrigação estritas de portabilidade de dados utilizando-se como base a GDPR – ainda que esta regulação não tenha sido originalmente pensada para endereçar a portabilidade dos dados em todos os setores da economia.

Importando-se esta discussão novamente ao caso das varejistas, faz-se importante lembrar a preocupação manifestada por MANO E

¹¹² Há importantes divergências doutrinárias com relação à possibilidade de o contrato de exclusividade afetar a concorrência. Sobre o tema, indica-se a leitura de BALTO, David; LANE, Matthew. *Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data*, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753249>.

¹¹³ Ob cit, p. 29.

¹¹⁴ “*Comisión Federal de Competencia Económica, ‘Rethinking Competition in the Digital Economy’*”, p. 27. Disponível em <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/EC-EconomiaDigital_web_ENG_letter.pdf>.

¹¹⁵ FURMAN, Jason; et al, ‘Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel’, p. 36. Disponível em <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>.

¹¹⁶ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. “*Competition Policy for the Digital Era*”, p. 99. Disponível em <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>.

PADILLA (2018) no que diz respeito às assimetrias regulatórias apresentadas na diretiva europeia, na qual o BANCO CENTRAL inspirou-se para desenvolver as diretrizes para a implementação do Open Banking no Brasil.

Ademais, em que pese a própria Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei 13.709/2018) enumerar, dentro os direitos do titular de dados pessoais, o direito à Portabilidade (Art. 18, V), a própria norma limita este direito à observância de segredos comerciais e industriais, cujo conceito pouco definido no ordenamento pátrio pode acabar prejudicando a utilização deste instrumento como forma de coibir práticas abusivas que venham a restringir este compartilhamento – especialmente por empresas não-bancárias, ou seja, que não estão hoje no foco regulatório.

Sobre o tema, o relatório divulgado pelo *Institute of International Finance*¹¹⁷ alerta para o fato de que assimetrias ou falta de reciprocidade significa que uma regulação cujo intuito inicial era de facilitar a entrada de novos agentes e promover a competição pode acabar criando desvantagens competitivas aos bancos e outras prestadoras de serviços financeiros tradicionais em comparação com firmas advindas de outros setores, o que é o caso dos agentes pautados no uso da tecnologia.

Finalmente, no que diz respeito ao grau de substitubilidade destes dados, conforme vimos nas seções anteriores, é cediço que há dificuldade em replicar e transmitir este tipo de informação (LIBERTI E PETERSEN, 2018, p.1) em função da importância do contexto e da forma com que a informação é recolhida para a composição do dado IYER ET AL (2016). Assim, estamos tratando de um dado bastante único, o que, mais uma vez corrobora para a sua identificação na qualidade de uma barreira à entrada.

6. Considerações Finais

Uma conduta anticompetitiva, sob o ponto de vista concorrencial, diz respeito a qualquer prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência. A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei 12.529.2011) elenca, no § 3º de seu Art. 36, um rol exemplificativo de

¹¹⁷ INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE. “*Reciprocity in Customer Data Sharing Frameworks*”. 07/2018, p. 2. Disponível em <https://www.iif.com/portals/0/Files/private/32370132_reciprocity_in_customer_data_sharing_frameworks_20170730.pdf>. Acesso em 29/11/2020.

condutas que caracterizarão infrações à ordem econômica, dentre as quais encontram-se as chamadas condutas exclusionárias, que incluem limitação ou impedimento ao acesso de novas empresas ao mercado, bem como a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

Ao concluirmos que o uso das chamadas “*soft information*” por varejistas que se dispõem a oferecer serviços financeiros, como meios de pagamento e soluções de crédito, pode servir como uma barreira de entrada, é importante pontuar que, considerando o exemplo da Via Varejo, estamos não apenas falando do mercado B2C, onde o varejista oferece produtos direcionados ao consumidor final, mas também ao mercado B2B, considerando que as plataformas digitais desenvolvidas por estes varejistas visam servir de *marketplace*, inclusive para os seus concorrentes diretos.

Dessa maneira, é possível que comportamentos anticompetitivos surjam com o objetivo de excluir outros ofertantes de serviços financeiros, como é o caso das próprias *fintechs*, ademais, existem ainda cenários nos quais estas plataformas adquirem firmas nascentes com o objetivo de complementar seus serviços ou obter tecnologias diferenciadas, como foi propriamente o caso da Via Varejo.

Nestes casos, arrisca-se ainda o comprometimento da função social originalmente pretendida quando do desenvolvimento do atual marco normativo para o fomento das *fintechs* no Brasil, o que pode reduzir o conceito de cidadania financeira à simples “bancarização” da população desassistida, pouco importando quais seriam os próximos passos para verdadeiramente incluir e educar financeiramente estes indivíduos.

Assim, entende-se por necessário ponderar atuais assimetrias regulatórias, com o objetivo de garantir que, o incentivo à concorrência no setor bancário não origine, por outro lado, novas concentrações de mercado, que tenham o condão de ainda possivelmente comprometer a própria estabilidade do sistema financeiro, originando desvantagens aos bancos com relação aos agentes provenientes de outros setores, como é o caso das *Big Techs* e também das grandes varejistas.

7. Referências

COLANGELO, Giuseppe; MAGGIOLINO, Mariateresa. “Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?”. In: *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, Issue 6, p. 363-369.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “Cade como Autoridade de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados”. Agosto de 2020.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

FELD, Harold; KIMMELMAN, Eugene; ROSSI, Agustín. “The Limits of Antitrust in Privacy Protection”. In: *International Data Privacy Law*, 2018, Vol. 8, No. 3, p. 270-276.

GAL, Michael S; RUBINFELD, Daniel L. “Access Barriers to Big Data”. *Arizona Law Review*, 2017.

GRAEF, Inge. “Blurring boundaries of consumer welfare: how to create synergies between competition, consumer and data protection law in digital markets”, 2018, In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M-O. Mackenrodt, & G. Surblytė-Namavičienė (Eds.), *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law: Towards a holistic approach*, pp. 121-151.

HOVENKAMP, Hebert J. “Antitrust and Platform Monopoly”. Faculty Scholarship at Penn Law 2192. Disponível em <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3194&context=faculty_scholarship>. Acesso em 24/11/2020.

HYLTON, Keith N. “Digital Platforms and Antitrust Law”. Boston University School of Law, Law and Economics Research Paper No. 19-8, 2019. Disponível em: <https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/605>.

IYER, Rajkamal; KHWAJA, Asim Ijaz; LUTTMER, Erzo; SHUE, Kelly. “Screening peers softly: Inferring the quality of small borrowers”. *Management Science Journal*, Volume 62, Issue 6, 2016, p. 1554–1577.

KAFFENBERGER, Michelle; SOURSOURIAN, Matthew; TOTOLO, Edoardo. “A Digital Credit Revolution: Insights from

Borrowers in Kenya and Tanzania”. CGAP-FSD Working Paper, October, Consultative Group to Assist the Poor, Washington, DC, 2018.

KALVURI, Anil Savio; MILNE, Alistair. “Fintech and the future of financial services: What are the research gaps?”. Center for Applied Macroeconomic Analysis, CAMA Working Paper 18/2019. Disponível em <https://cama.crawford.anu.edu.au/sites/default/files/publication/cama_crawford_anu_edu_au/2019-02/18_2019_kavuri_milne.pdf>. Acesso em 20/11/2020.

KATZ, Michael; SALLET, Jonathan. “Multisided platforms and antitrust enforcement”. In: The Yale Law Journal, 2018, Volume 127, p. 2142-2175. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9301&context=ylj>>.

KIM, G.; SHIN, B.; LEE, H. G. “Understanding dynamics between initial trust and usage intentions of mobile banking”. Information Systems Journal, 19(3), 2009, p. 283–311.

LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. “Can Big Data Protect a Firm from Competition?” (January 17, 2017). In: Competition Policy International. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/can-big-data-protect-a-firm-from-competition/>>.

LEE, Ho Geun; KIM, Gi Mun; SHIN, Bongsik. “Understanding dynamics between initial trust and usage intentions of mobile banking”. Information Systems Journal, Volume 19, Issue 3, 2009, p. 283–31.

LIBERTI, J.M; PETERSEN, M.A. “Information: Hard and Soft”. Working Paper, Northwestern University, 2017.

MAGNUSON, William. “Regulating Fintech”. Vanderbilt Law Review, Vol. 71(4) 2018, p. 1173.

MANO, Miguel de la; PADILLA, Jorge. “Big Tech Banking”. Journal of Competition Law & Economics, Vol. 14, Issue 4, 2019, p. 494-526.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. "Digital Economy, Big Data and Competition Law" (February 27, 2019). In: Market and Competition Law Review, volume III, n. 1, April 2019, p. 53-89. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3440296>>.

SAHAY, Ratna ET AL. “The Promise of Fintech: Financial Inclusion in the Post COVID-19 Era”. International Monetary Fund: Monetary and Capital Markets Department, No. 20/09, 2020, p. 38.

SCHEPP, Nils-Peter; WAMBACH, Achim. “On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment”. In: Journal of European Competition Law & Practice, 2016, Vol. 7, No. 2, p. 120-124. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv091>>. Acesso em 01/11/2020.

SIVINSKI, Greg; KJOLBYE, Lars; OKULIAR, Alex. “Is big data a big deal? A competition law approach to big data”. European Competition Journal, Volume 13, Issue 2-3, 2017.

VIVES, Xavier. “Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy”, Princeton University Press, 2016.

WRIGHT, Joshua D (former FTC Commissioner). “Evidence-based antitrust enforcement in the Technology Sector”. (February 23, 2013). Disponível em <<https://www.ftc.gov/public-statements/2013/02/evidence-based-antitrust-enforcement-technology-sector>>.

YUN, John M. “Antitrust after Big Data”. (June 19, 2019). Criterion Journal on Innovation, Vol. 4, 2019, George Mason Law & Economics Research Paper, No. 19-24. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3440206>>. Acesso em 01/11/2020.

4. MEDIDAS PREVENTIVAS NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ASPECTOS GERAIS E APLICAÇÃO

4. PRECAUTIONARY MEASURES IN THE ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENCE: GENERAL ASPECTS AND APPLICATION

Manuela Lian Liebentritt Braga; Vitória Loubet Brum Barbieri

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo avaliar a concessão de medidas preventivas pelo Cade. Buscou-se destacar os dispositivos legais que tratam da possibilidade de atividade cautelar pela autoridade antitruste. Então realizou-se pesquisa de jurisprudência sobre como são aplicados os critérios doutrinários no âmbito do direito concorrencial. Por fim, com o intuito de ilustrar o entendimento da autoridade, foram apresentadas algumas das determinações do Cade em sede de medida preventiva.

Palavras-chave: Cade. medida preventiva. *fumus boni iuris. periculum in mora.*

Abstract: This paper aims to evaluate the granting of precautionary measures by CADE. It was aimed to highlight the legal provisions that deal with the possibility of precautionary activity by the antitrust authority. Then, a survey of precedents was conducted on how the doctrinal criteria applied, in the scope of competition law. Finally, in order to illustrate the authority's position, some of CADE's determinations when adopting preventive measures were presented.

Key words: CADE. precautionary measure. *fumus boni iuris. periculum in mora.*

1. Introdução

A medida preventiva é ferramenta legal que visa assegurar emergencialmente: (i) a não consumação de possível dano de difícil reparação ou (ii) a eficácia da decisão final do processo. Isto é, a medida preventiva é medida utilizada antes da decisão final do processo que visa conservar o direito até que se tenha a decisão definitiva de mérito.

Na seara concorrencial, o “direito” a ser conservado será o adequado funcionamento do mercado em análise, não sendo possível a medida para tutelar interesse individual de determinado agente.

Já previsto na legislação anterior (artigo 52, da Lei 8.884/1994), o instituto da medida preventiva está descrito no artigo 84 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), que é regulamentado pelo artigo 211 do Regimento Interno do Cade (“RICade”).

A adoção de medidas preventivas nos procedimentos que tramitam perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) tem se tornado cada vez mais frequente, o que chama a atenção para quais os critérios e características dos casos concretos que ensejam a aplicação do instrumento.

Dada a importância do assunto, este artigo pretende examinar como o tema é tratado no Cade e quais os critérios para sua aplicação. Para tanto, será dividido em duas partes: na primeira, serão apresentados aspectos gerais envolvendo a aplicação de medidas preventivas; na segunda, a partir da análise e estudo de exemplos casos concretos, serão apresentadas diferentes obrigações impostas pela autoridade, divididas conforme o mercado relevante.

2. Aspectos gerais e requisitos da medida preventiva

Ensina o livro Teoria Geral do Processo, da jurista Ada Pellegrini, que a atividade cautelar foi criada para evitar que o dano causado pela inobservância do direito fosse agravado pelo atraso do remédio jurisdicional, ou seja, o *periculum in mora*. Ademais, a doutrina explica que “o provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*)”¹.

O objetivo desta atividade jurisdicional seria, portanto, não a de fazer justiça, mas sim a de “dar tempo para que a justiça seja feita”². Assim, a compreensão destes conceitos básicos que justificam a medida preventiva é relevante, não só para o processo judicial como para o administrativo.

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada. Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 316-317.

² *Ibidem*.

Desta forma, tendo em vista que entre os bens jurídicos tutelados pelo Cade estão a ordem econômica e a livre concorrência, a atividade cautelar desenvolvida por esta autoridade é de extrema relevância. Isto, pois, por se tratar da guarda de bens coletivos e que por vezes afetam os direitos dos consumidores, a medida preventiva no âmbito concorrencial surge para proteger o mercado e os seus agentes de danos que podem ser irreparáveis caso o abuso de poder econômico se perpetue.

Como se sabe, os processos administrativos no Cade podem perdurar anos e a demora na sanção é capaz ocasionar prejuízos significativos no mercado em que há uma conduta anticompetitiva, podendo, inclusive, levar à exclusão de *players*. Portanto, a cautelar é um instrumento efetivo na defesa de um mercado pró-competitivo.

Não por acaso, a antiga lei de defesa da concorrência, nº 8.884/94, já previa a possibilidade da concessão de medida preventiva, em seu artigo 52. Na legislação vigente, a ideia se repetiu, com o artigo 84, que determina:

Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.

§ 2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.

Nota-se, portanto, que é cabível tanto ao Conselheiro-Relator quanto ao Superintendente-Geral, seja por iniciativa própria ou por provocação do Ministério Público, impor uma medida preventiva. Ademais, a concessão pode ocorrer tanto na fase de inquérito administrativo, quanto no desenrolar do processo administrativo, desde

que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, critérios estes que são cumulativos.

Ainda sobre a possibilidade de acolhimento de pedido de medida preventiva, no Recurso Voluntário 08700.004935/2020-31, o Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann explicou que não existe óbice à formulação de mais de um pedido de medida preventiva no âmbito de um mesmo inquérito ou processo administrativo no Cade, desde que haja fatos ou instruções adicionais que possibilitem outro requerimento. Tal posicionamento determina a clara possibilidade de propositura de medida preventiva em qualquer fase tanto do inquérito, quanto do processo.

Ademais, conforme já mencionado, o artigo 211 do RICade também delimita a concessão de medida preventiva, determinando que esta também pode ser imposta mediante provocação do legítimo interessado, desde que exista fundado receio de dano ao mercado. A respeito, cita-se:

Art. 211. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade ou de legítimo interessado, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou que torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Da intimação, deverá constar discriminação precisa da ordem de cessação e de reversão à situação anterior, o prazo para seu cumprimento e a advertência de que o descumprimento de medida preventiva sujeita o responsável à multa diária fixada nos termos do art. 39 da Lei nº 12.529, de 2011, sem prejuízo das demais sanções civis e criminais cabíveis.

§ 2º A medida preventiva será processada nos mesmos autos do processo administrativo. § 3º Verificado o descumprimento da medida preventiva, será lavrado auto de infração pela autoridade que adotou a medida, sem prejuízo das demais medidas cabíveis, e encaminhados os autos à

Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade para as providências judiciais cabíveis.

§ 4º O Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, conforme o caso, poderá revogar ou alterar a medida preventiva que concederam, caso os pressupostos que lhe serviram de fundamento revelem-se insubsistentes.

O termo "fundado receio" é de importante destaque visto que, na defesa da concorrência, as infrações à ordem econômica, via de regra, são mensuradas a partir dos efeitos que produzem. Portanto, deve-se demonstrar que determinada conduta tem o potencial de causar danos ao ambiente competitivo, ainda que não seja necessária a demonstração cabal de seus efeitos.

Adicionalmente, o dispositivo aduz que, da intimação, devem constar a ordem precisa de cessação e reversão à situação anterior, o prazo para o cumprimento, além da advertência de que o descumprimento da medida pode acarretar multa diária fixada nos termos do artigo 39 da Lei 12.529.³ Nos casos de descumprimento da medida preventiva, está prevista a lavratura de auto de infração pela autoridade que adotou a medida, sem prejuízo de outras eventuais sanções civis e criminais cabíveis.

Desta forma, nota-se que os dispositivos legais servem de base para a aplicação de cautelar pelo Cade e incentivam sua eficácia, à medida em que é prevista a possibilidade de estabelecer multas diárias por descumprimento, conferindo maior força coercitiva a tais medidas.

Outrossim, a lei prevê a possibilidade de contestar as preventivas, por meio do recurso voluntário, viabilizando o exercício do contraditório e da ampla defesa. No Recurso Voluntário, o Tribunal do Cade decide pela manutenção ou revogação da medida.

A título de exemplificação, uma das primeiras medidas preventivas impostas pela autoridade concorrencial brasileira foi aplicada no Ato de Concentração entre as empresas “Companhia Antarctica Paulista e Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos” e “Companhia Cervejaria Brahma”, por meio do qual foi criada a empresa AmBev. Na

³ Art. 39. A distribuição do Recurso Voluntário contra decisão de concessão ou de rejeição em Medida Preventiva e Medidas Precárias proferidas pelo Superintendente-Geral torna prevento o Conselheiro-Relator para todos os procedimentos posteriores, assim como as Medidas Preventivas por ele adotadas, exceto para o incidente de avocação.

ocasião, a ex-Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva argumentou que:

Para dar concretude a esse comando a referida lei confere, aos Conselheiros do Cade, competência para “determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções” bem como adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento.

Tais dispositivos legais conferem ao Conselheiro o poder cautelar para preservar as relações de mercado inalteradas até a decisão final do Processo, garantindo a perfeita instrução do feito a ser realizada pela Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico.⁴

Como base legal para aplicação da medida preventiva, a ex-Conselheira se baseou tanto na Lei 8.884/04 como no antigo Código de Processo Civil. Desde 1999, o Cade passou por uma série de modificações estruturais e os seus conselheiros e superintendentes tiveram a oportunidade de se debruçar sobre o tema das cautelares em outras ocasiões, sendo a última delas no mercado digital de *delivery*.

No geral, a pesquisa acerca das medidas preventivas demonstrou que não há um tempo padrão para sua concessão a partir da instauração do inquérito, que variam desde 06 dias, como no caso entre Cielo e Facebook, podendo chegar até pouco mais 06 meses, sendo que este último exemplo aconteceu no caso do Processo Administrativo que apura práticas anticompetitivas pelas empresas Itaú e Redecard.

Desta forma, pretende-se, por meio de casos práticos, demonstrar como tem evoluído a atividade cautelar no Cade e como são utilizados os critérios da fumaça do bom direito e do perigo na demora, no âmbito do direito concorrencial.

2.1. *Fumus boni iuris*

Para as definições de *fumus boni iuris*, os Conselheiros costumam se valer das doutrinas do Direito Processual Civil, visto que este é aplicado subsidiariamente aos procedimentos que tramitam no Cade, em consonância com o que prevê o artigo 115 da Lei nº

⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005846/99-12. 14 jul. 1999.

12.529/2012. Desta forma, assim como na teoria processualista, a fumaça do bom direito requer “verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor”⁵.

Nesse sentido foi que se posicionou, em setembro de 2009, o ex-Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo nos Recursos Voluntários nº 08700.003097/2009-73 e nº 08700.003085/2009-49:

Por se tratar de um juízo preliminar, realizado ainda antes do fim da fase de instrução processual, a adoção de preventiva não demanda da autoridade competente a certeza quanto à caracterização de infração à concorrência.

A exigência legal refere-se apenas à existência de evidências que indiquem que determinada conduta de um agente econômico pode configurar um ilícito antitruste, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94. Trata-se, portanto, de um juízo prévio de plausibilidade acerca de possível violação das normas protetoras da concorrência, *não se exigindo, nesse momento, prova cabal que assegure a existência de uma infração econômica.*

Ainda que cada caso concreto deva ser analisado em suas especificidades, alguns fatores são essenciais para que seja plausível a ocorrência de infração à concorrência. Nesse exame, *um elemento que deve ser sempre ponderado, ainda que de forma preliminar, é a existência de poder de mercado pelo agente econômico investigado, sem o qual não há que se cogitar de violação das normas antitruste. Outra questão que deve necessariamente ser considerada é a presença de racionalidade econômica na suposta conduta anticompetitiva, de forma a se demonstrar a causalidade entre a conduta analisada e possíveis prejuízos à concorrência.*⁶⁻⁷ (grifo nosso).

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 608. v. 2.

⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário nº 08700.003097/2009-73. Julgamento em: 16 set. 2009. Data de publicação: 18 set. 2009.

⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário nº

Nos casos em questão, o Cade investigava a relação de exclusividade entre a Visa e a Visanet (Cielo), no que se refere à prestação de serviços de captura, transmissão, processamento, liquidação financeira de transações, implementação e gestão de rede de aceitação e credenciamento de estabelecimentos comerciais. Na ocasião, o plenário decidiu por unanimidade conhecer o Recurso Voluntário e dar-lhe provimento, pois entendeu não estarem presentes os requisitos necessários para concessão de medida preventiva.

Por meio da análise do voto do ex-Conselheiro, é possível, então, observar que não é exigida prova cabal que assegure a existência de infração à ordem econômica, mas sim que se apresentem indícios. Ademais, o voto deixa claro que a existência de poder de mercado é um elemento a ser ponderado, ainda que de forma preliminar.

A ideia de se analisar o poder de mercado é que, conforme bem explicitou o ex-Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, sem este poder seria difícil cogitar a prática de conduta anticompetitiva. Outrossim, o poder de mercado é explicado pela cartilha do Cade como a capacidade de uma empresa manter seus preços sistematicamente acima do mercado sem com isso perder todos seus clientes. ⁸Já a professora Paula Forgioni explica que “o poder econômico não é um direito, mas sim uma situação que proporciona ao agente econômico indiferença e independência em relação aos outros agentes, às leis de mercado”.

Assim, sempre que se for tentar identificar a provável existência de prática anticompetitiva é relevante apresentar indícios robustos de poder de mercado da empresa investigada. A aferição de poder de mercado, por sua vez, é analisada caso a caso.

Além disso, um outro ponto necessário para cumprir o requisito do *fumus boni iuris* no âmbito concorrencial é a presença ou não de racionalidade econômica da suposta conduta. Este é um fato especialmente importante quando se tem em vista que, via de regra, as condutas anticompetitivas não são ilícitas *per se*, mas sim se baseiam na regra da razão. Segundo Paula Forgioni, “regra da razão é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a

08700.003085/2009-49. Julgamento em: 16 set. 2009. Data de publicação: 18 set. 2009.

⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do Cade. [S. l.], mai. 2016. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade/pdf/view>.

concorrência de forma ‘não razoável’⁹. Desta forma, mesmo o requisito processual da fumaça do bom direito não escapa a adequação ao âmbito concorrencial, em que é necessário estar presente tanto o poder de mercado quanto a não razoabilidade ou racionalidade da conduta investigada.

Assim, vale o destaque de Parecer da SG de 2015, no Processo Administrativo 08012.011881/2007-41, que reforça a importância de se indicar de maneira preliminar o poder econômico do agente:

Conforme pacificado na jurisprudência do Cade, a discriminação de preço e outras condições de contratação não é conduta anticompetitiva per se, devendo estar associada à falta de justificativa econômica legítima, constatação de poder econômico do agente e à existência de dano à concorrência, ainda que potencial. O resultado da *instrução de urgência* quanto à detenção de poder de mercado por parte das Representadas assim como a existência da discriminação alegada será relatado no tópico II.1.1.2.¹⁰ (grifo nosso).

Ademais, em um caso mais recente, no Processo Administrativo n. 08700.002066/2019-77, a SG argumentou que o *fumus boni iuris* surge da “constatação de que determinadas condutas no mercado revelam possível limitação, falseamento ou qualquer outra forma de prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa” e que a partir daí há o “direito da coletividade à intervenção estatal com o fim de protegê-la de tais práticas”¹¹.

Portanto, apesar da medida preventiva exigir o sopesamento de eventuais eficiências que a conduta investigada possa apresentar, ressalta-se que a análise da configuração de probabilidade do direito é marcada por uma atividade cognitiva mais rasa.

⁹ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 196.

¹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Processo Administrativo 08012.011881/2007-41. Nota Técnica nº 16/15/SG/Cade, 23 abr. 2015.

¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Processo Administrativo 08700.002066/2019-77. Nota Técnica nº 79/2019/CGAA2/SGA1/SG/Cade, 24 out. 2019.

2.2. *Periculum in mora*

O segundo requisito necessário para a adoção de medida preventiva é o chamado *periculum in mora*, que, em tradução direta, significa justamente “perigo na demora” e “consiste na iminência da produção de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado e aos consumidores em virtude da possível infração identificada, demandando uma ação estatal imediata”¹², ou seja, é o perigo de que o dano causado pela conduta se torne irreparável (ou de difícil reparação), caso não haja atuação da autoridade que vise preservar o mercado afetado em seu estado atual.

Com efeito, não há a necessidade de que se tenha algum efetivo dano causado, mas apenas a potencialidade de que a continuidade da conduta sob investigação venha causar danos, conforme observado pela SG na análise da Apuração de Ato de Concentração envolvendo o Facebook e a Cielo:

“No contexto do papel preventivo de concentrações, *o perigo da demora reside na verificação da provável iminência de prejuízos irreversíveis no plano concorrencial*”¹³ (grifo nosso).

É certo que a caracterização do requisito varia de acordo com o caso concreto. No entanto, alguns mecanismos de análise merecem destaque.

No Processo Administrativo que apura suposta restrição vertical no mercado de credenciamento, implementada por meio da oferta de prazo reduzido para liquidação de vendas à crédito, pela Rede, aos estabelecimentos com domicílio bancário no Banco Itaú¹⁴, contribuiu para a verificação do *periculum in mora* a ausência de eficiências geradas pela prática investigada.

A falta de eficiências configurou indício de que sua única justificativa seria alavancar a participação do Itaú no mercado de serviços

¹² *Ibidem*.

¹³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Apuração de Ato de Concentração 08700.002871/2020-34. Nota Técnica nº 6/2020/SG-TRIAGEM AC/SGA1/SG/Cade, 23/06/2020.

¹⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Processo Administrativo 08700.002066/2019-77. Nota técnica nº 79/2019/CGAA2/SGA1/SG/Cade, 24 out. 2019.

bancários. Sendo assim, haveria perigo na demora de ação por parte do Cade, visto que a prática investigada possivelmente traria como consequência o aumento de barreiras à entrada no mercado de serviços bancários, já altamente concentrado, além de constituir vantagem competitiva ao Banco.

Na medida preventiva adotada em sede de Recurso Voluntário no Inquérito Administrativo envolvendo Sem Parar e Veloe, a Conselheira Relatora Paula Azevedo entendeu que a conduta estaria impedindo a entrada de novos agentes no mercado, o que geraria dano “difuso, imensurável e irreparável, na medida em que atrasa um cenário de competição acirrada no mercado e pode trazer prejuízos quantitativos e qualitativos aos usuários”¹⁵. O processo em questão iniciou-se com Representação da Veloe em desfavor de Sem Parar e ConectCar por supostamente estarem agindo de forma a dificultar o acesso isonômico de terceiros às antenas compartilhadas de leitura de *tags* em automóveis detidas pela Sem Parar.

Na primeira adoção de medida preventiva em um mercado digital – no Inquérito Administrativo envolvendo Rappi e iFood, que investiga possível adoção práticas verticalmente restritivas por meio da celebração de contratos de exclusividade com restaurantes em larga escala¹⁶ – a SG constatou que a dificuldade de reparação de eventual dano causado pela conduta caracterizar-se-ia pela dinamicidade do mercado atrelada a sua forte expansão em razão da pandemia da Covid-19, que aumentou o uso de aplicativos de *delivery*. Dessa forma, a autoridade se preocupou em verificar se a demora na intervenção antitruste possibilitaria o crescimento inorgânico da representada, reforçando sua posição dominante no mercado de *delivery* de comidas.

Na análise do pedido de medida preventiva no Processo Administrativo relativo à cobrança da taxa THC2 no mercado de armazenagem alfandegária no Porto de Santos, o entendimento quanto ao perigo na demora foi de que a cobrança da THC2 pela empresa representada teria o potencial de causar danos não só à representante, mas

¹⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.000989/2019-94. Julgamento em: 20 mar. 2019. Data de publicação: 25 mar. 2019.

¹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Nota técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade, 10 mar. 2021.

também aos demais agentes atuantes na região do Porto, além de prejudicar eventuais novos entrantes.

Dessa forma, a continuidade da cobrança permitiria o abuso de posição dominante, prejudicando a livre concorrência. Ademais, ressaltou-se que, aguardar decisão de mérito que determinasse a cessação da prática poderia “tornar a decisão inócua ou pouco efetiva, o que completa as razões para concessão da medida preventiva pleiteada”¹⁷.

Outra investigação que merece atenção é o Inquérito Administrativo que investiga se a bonificação dada pelo Grupo Globo aos veículos de comunicação, na forma em que ocorre, caracteriza abuso de posição dominante e induz à fidelidade contratual. A SG, ao analisar o *periculum in mora* constatou que: (i) a conduta investigada gera efeitos em mais de um mercado relevante, o que torna a reparação do dano difícil e improvável; e (ii) a conduta investigada é fundada em obrigação de trato sucessivo – celebração de contratos com, pelo menos, 12 meses de vigência – o que faz com que a demora na atuação da autoridade signifique uma perpetuação da prática, com seus consequentes efeitos em todos os mercados abrangidos. A presença cumulativa de tais indícios caracterizou o fundamento para que se entendesse pelo atendimento do requisito necessário à concessão da medida.¹⁸

Diante do apresentado, percebe-se então, que, conforme apontado inicialmente, os requisitos para a caracterização do *periculum in mora* variam a depender do contexto do caso concreto.

Ainda assim, conclui-se que, para que seja entendido presente o perigo na demora de atuação por parte do Cade, um denominador comum entre os casos é a possibilidade de a conduta perpetuar o abuso de posição dominante por parte da empresa praticante.

Isso porque, conforme já mencionado, para que se tenha adoção de uma medida preventiva é necessário, dentre outros fatores, a presença de indício de que o agente a quem a medida se direciona seja detentor de posição dominante no mercado relevante.

Ademais, outros efeitos que também contribuem para a caracterização de perigo na demora notados na pesquisa foram a

¹⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Processo Administrativo 08700.000351/2019-53. Nota técnica nº 9/2019/CGAA3/SGA1/SG/Cade, 28 fev. 2019.

¹⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.000529/2020-08. Anexo à Nota Técnica nº 5/2020/GAB-SG/SG/Cade, 01 dez. 2020.

possibilidade de se concentrar ainda mais mercados que já são concentrados e o aumento de barreiras à entrada. Ambos os efeitos são extremamente lesivos à concorrência, uma vez que dificultam a entrada, consolidação e participação de concorrentes capazes de fazer frente aos agentes detentores de posição dominante, podendo até culminar em eventual exclusão de *players* menores.

2.2.1 *Periculum in mora reverso*

Há na legislação processual civil a previsão de não concessão da tutela antecipada quando houver a possibilidade de irreversibilidade dos efeitos da decisão, *in verbis*:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

1Tal determinação, apesar de não ser absoluta – conforme elucidado pelo Enunciado nº 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁹ - pode ser entendida como a admissão de *inversão do periculum in mora*, ou seja, a chance de o prejuízo advindo da decisão ser maior do que aqueles causados pela prática investigada.

Em dois dos casos analisados (Velo e Sem Parar e Rappi/iFood) foi observada a arguição, pelos representados, de suposto *periculum in mora* reverso caso fosse determinada a adoção de medida preventiva pelo Cade.

No entanto, percebe-se que o entendimento da autoridade com relação ao assunto vem sendo consolidado no sentido de não acolhimento da tese.

Ao julgar embargos de declaração opostos pela Sem Parar em que se alegou a possibilidade de *periculum in mora* reverso, a Conselheira Paula Azevedo constatou que, diferentemente dos danos

¹⁹ Enunciado 419, FPPC: Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis. (ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>).

causados à concorrência pela prática investigada, eventual dano causado pela medida preventiva seria reversível:

Entendo que a concessão da medida se impõe, para além das razões apresentadas, também pelo fato de que o *ônus imposto à Sem Parar e à ConectCar é menor do que o risco imposto à concorrência e, diferentemente, é reparável*, pois se trata da imposição de uma prestação de serviço que pode ser ressarcida no futuro.²⁰ (grifo nosso).

Já no inquérito envolvendo o iFood, o entendimento da SG foi de que o argumento não merecia prosperar, pois possíveis danos reversos poderiam ser mitigados no escopo da medida preventiva, ressaltando que o instrumento teria o condão de prevenir danos à concorrência, sem, no entanto, prejudicar a empresa investigada:

Nesse toar, restringir a atuação preventiva da autoridade antitruste a casos futuros – sem efeitos sobre os contratos que já estejam vigentes – *é medida apta a obstar eventuais danos à concorrência identificáveis ao longo da investigação, sem impor prejuízos à Representada, até que se tenha uma decisão de mérito.*²¹ (grifo nosso).

Dessa forma, acerca do *periculum in mora* reverso nota-se que, apesar de possuir respaldo legal, é de difícil aplicação prática em casos concretos no Cade.

Isto pois, como bem observado pela SG, a medida preventiva não visa prejudicar a parte a quem é direcionada, mas sim endereçar as preocupações advindas da prática supostamente anticoncorrencial, de forma que, caso seja comprovada sua licitude ao final da investigação, a empresa poderá retomar as práticas sem qualquer prejuízo tanto a ela quanto ao mercado.

²⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Embargos de Declaração no Recurso Voluntário 08700.000989/2019-94. Julgamento em: 22 mai. 2019. Data de publicação: 23/05/2019.

²¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade, 10 mar. 2021.

3. Análise de casos: obrigações impostas nas medidas preventivas

Após demonstrar como tem se consolidado a jurisprudência do Cade em relação aos requisitos da medida preventiva, o presente trabalho busca apresentar alguns exemplos de como essas medidas têm sido implementadas e quais são as obrigações geralmente impostas pela autoridade.

Conforme já citado, a medida preventiva adotada pelo Cade determinará, quando possível, a reversão à situação anterior e a imediata cessação da prática, além da possibilidade de ser fixado valor de multa diária em caso de descumprimento da decisão.

Vale ressaltar que, conforme reportagem publicada no Valor Econômico, de 2015 a 2020 a SG apreciou a adoção de medidas preventivas, durante processos administrativos que investigavam possíveis infrações à ordem econômica, e aproximadamente 73% dos casos tiveram o pedido indeferido.²²

Assim, a pesquisa, não exaustiva, pretendeu elucidar os principais casos de concessão de medida preventiva a fim de se concluir pela existência de um padrão, ou não, na aplicação de medidas preventivas pela autoridade antitruste brasileira. O lapso temporal aplicado tem como referência as decisões cautelares proferidas após a vigência da nova Lei de Defesa da Concorrência.

3.1. Mercado de gás natural

Por meio da Nota Técnica 16/2015, a SG sugeriu a adoção de medida preventiva em face das empresas integrantes do Consórcio Gemini: Petrobras, White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. – Gás Local.²³ O intuito do Processo Administrativo é averiguar a prática de subsídios cruzados e tratamento discriminatório a rivais não integradas, com fornecimento de gás natural a custos predatórios ou próximos de zero ao Consórcio,

²² SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro. A nova era das preventivas no Cade. Valor Econômico, [s. l.], 16 abr. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/04/16/a-nova-era-das-preventivas-no-cade.ghtml>.

²³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Processo Administrativo 08012.011881/2007-41. Nota Técnica nº 16/20/SG/Cade, 23 abr. 2015.

desconto das perdas com consumo e liquefação e outras condições contratuais supostamente discriminatórias.

A SG, em 2015, então estabeleceu medida preventiva determinando que: (i) o fornecimento de gás natural do Sistema Petrobras para o Consórcio Gemini fosse feito de forma não discriminatória com relação às demais distribuidoras de gás natural, (ii) dentro de 60 dias da publicação no D.O.U. da decisão que aplicar a medida preventiva e até a decisão final do Cade, fosse suspensa a eficácia do Anexo 6 do Acordo Operativo do Consórcio Gemini, firmado em 22 de outubro de 2004, e de todos os aditivos e contratos que o modifiquem e (iii) no mesmo prazo de 60 dias da publicação no DOU decisão que acatou a medida preventiva, que a White Martins e a Petrobras celebrassem entre si contrato de fornecimento de gás natural no âmbito do Consórcio Gemini.

O Anexo 6 supramencionado determinava o custo e reajuste do fornecimento de gás natural da Petrobras ao Consórcio Gemini, bem como a remuneração adicional (ou prejuízo) que a Petrobras receberia em razão dos resultados financeiros do Consórcio. As condições impostas pelo Anexo foram entendidas pela SG como capazes de afetar significativamente o risco e o valor econômico dos contratos, o que constituiria indício de vantagem concorrencial ao Consórcio Gemini em relação às demais distribuidoras.

A medida também se caracterizou por conter cláusula de monitoramento, como a Nova Política de Preços (“NPP”). As condições e preços do contrato NPP foram, no entendimento da SG, a medida mais adequada para substituir o Anexo 6, uma vez que traria igualdade de tratamento aos *players* do mercado.

Além disso, foram impostas uma série de vedações como a de aplicação de descontos por parte da Petrobras ao Consórcio Gemini que sejam conflitantes com a NPP aplicada à Comgás. Também foi proibida a celebração de contrato contendo qualquer outro dispositivo que estabeleça regras de remuneração da Petrobras pelo fornecimento de gás natural ao Consórcio Gemini. Caso a medida não fosse cumprida, foi prevista a multa diária de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais).

Assim, é possível observar no presente caso uma medida bastante detalhada sobre qual deveria ser o comportamento das empresas, nas suas atividades comerciais. Esse caso chama a atenção, pois em função justamente de uma lista extensa de imposições, o Cade entendeu necessário a atividade de monitoramento, que tem sido realizado

periodicamente nos autos do Processo, com participação tanto da SG como da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.

3.2. Mercado de Armazenagem Alfandegada

Em novembro de 2016, a Localfrio apresentou ao Cade Representação face às empresas APM e Portonave. O conteúdo da denúncia consistia na cobrança indevida da THC2 e outras três taxas adicionais (pesagem, levante e armazenagem).²⁴

Todavia, a Superintendência-Geral indeferiu o pedido de medida preventiva, que requeria a cessação da cobrança abusiva pelo serviço de segregação e entrega de contêineres (taxa THC2 e SSE), razão pela qual a Localfrio interpôs recurso voluntário. como fundamento para o indeferimento a SG apontou para o fato de que a matéria estava pendente de julgamento pelo Tribunal do Cade em processo similar, de modo que o entendimento foi de que seria mais adequado aguardar a decisão do Tribunal.

Em seu voto proferido em dezembro de 2020, o Conselheiro Relator, Luís Braido, argumentou que a cobrança da taxa não constitui um ilícito *per se*, mas que possui potencial efeitos anticompetitivos, à medida em que permite que o operador portuário, de forma unilateral, impeça ou dificulte a atuação de seus concorrentes no mercado de armazenagem.^{25 26}

A Conselheira Lenisa Prado, por sua vez, manifestou-se alegando que o Cade está vinculado à decisão do processo judicial que a Localfrio ajuizou perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No caso em tela, os desembargadores entenderam que a cobrança se refere a serviços efetivamente prestados e que não haveria abusividade dos valores, pois estes teriam sido fiscalizados pela ANTAQ. Desta forma, a

²⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Processo Administrativo nº 08700.007396/2016-14.

²⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.004935/2020-31. Julgamento em: 03 fev. 2021. Data de publicação: 10 fev. 2021.

²⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.004943/2020-88. Julgamento em: 03 fev. 2021. Data de publicação: 10 fev. 2021.

Conselheira argumentou que o recurso não deveria ser conhecido, visto que se tratava de réplica de discussão submetida ao Judiciário. Todavia, vencidos os Conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado, o Plenário deu provimento ao recurso e foi acolhida a medida preventiva para que a Representada APM se abstinhasse de exigir a cobrança aos recintos alfandegados independentes na área de influência Porto de Itajaí/SC de quaisquer valores de serviços de segregação e entrega de contêineres e/ou a título de SSE, e relativos a taxas correlatas, tais como “levante”, “armazenagem” e “pesagem”, até o julgamento do mérito do Processo Administrativo. No caso de descumprimento foi estabelecido o pagamento de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia.

Com relação à medida preventiva face a Portonave, esta foi suspensa em função de decisão proferida pelo TRF1 que considerou como configurado:

o perigo da demora diante da possibilidade de imposição de sanções à parte agravante, cautelarmente, e até final julgamento da lide, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para determinar a suspensão do andamento do Processo Administrativo n. 08700.007049/2018-45 (originário) e 08700.004943/2020-88 (recurso voluntário).²⁷

Outro Recurso Voluntário envolvendo o mercado de armazenagem alfandegada foi interposto pela empresa Marimex em face de despacho da SG que revogou medida preventiva que havia sido imposta em prejuízo da empresa Emraport. Assim, em agosto de 2020 o Tribunal do Cade julgou o recurso e decidiu, por maioria, dar-lhe provimento, a fim de restaurar a medida preventiva previamente estabelecida pela Superintendência-Geral, em 06 de março de 2019, para determinar (i) a cessação imediata, por parte da Emraport, de quaisquer atos voltados à cobrança do SSE e/ou à cobrança de outros valores a título de supostas despesas adicionais a título de segregação e entrega de contêineres a recintos alfandegados independentes na zona de influência do Porto de Santos, inclusive à Marimex, e (ii) aplicação, no caso de

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 20ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, Procedimento Comum Cível, Processo nº 1006885-95.2021.4.01.3400. Pendente de julgamento.

descumprimento, de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)²⁸

Como se nota, tem sido recorrente, no mercado de armazenagem alfandegada, o estabelecimento de medida preventiva, a fim de cessar a cobrança das taxas de THC2 e SSE, até o julgamento dos casos no mérito.

3.3. Mercado de pagamento automático de tarifas de pedágios e estadias em estacionamentos

O Inquérito Administrativo 08700.006268/2018-15 teve início com Representação por parte da empresa Veloe em face da Sem Parar e ConectCar. Segundo as alegações da Representante, a Sem Parar e a ConectCar estariam abusando de sua posição dominante para fechar o mercado. Assim, a Representada estaria restringindo o acesso da Veloe por meio de termos abusivos de negociação de contratos para o compartilhamento de infraestrutura. Ou seja, haveria uma recusa de venda.²⁹

Diante desses fatos, foi solicitado à SG medida preventiva para que Sem Parar retomasse as negociações com a Veloe nos termos e condições do contrato celebrado com a Conectcar para o compartilhamento das antenas e se abstivesse de criar obstáculos para que os estacionamentos contratem com a Veloe, seja por meio do compartilhamento de antenas, seja para a instalação de antenas/tecnologia próprias da Veloe.

No entanto, a SG entendeu que não estariam presentes os requisitos para concessão de medida preventiva. A questão foi então julgada pelo Tribunal do Cade no âmbito de Recurso Voluntário, que lhe deu provimento. Desta forma, ficou determinado que a Sem Parar (i) cessasse qualquer exclusividade existente com operadores e administradores de estacionamento, (ii) apresentasse em até 30 dias prova de que comunicaram aos seus contratantes operadores ou administradores de estacionamentos acerca da proibição de exclusividade e (iii) que

²⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.001984/2020-12. Julgamento em: 17 jun. 2020. Data de publicação: 24 jun. 2020.

²⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Inquérito Administrativo 08700.006268/2018-15.

apresentasse oferta vinculante a outros agentes. Em relação a ConectCar a obrigação foi similar no sentido de apresentação de oferta vinculante a todas as operadoras concorrentes que tenham buscado um contrato de prestação de serviço. No caso de descumprimento, foi estabelecida multa diária de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) por obrigação descumprida.³⁰

Ou seja, no caso em questão, foi determinada uma obrigação de não fazer, que seria a abstenção de realizar acordos de exclusividade, bem como obrigação de fazer, que consistiu na propositura de ofertas vinculantes. O objetivo da medida foi o de impedir o fechamento de mercado, que se dá, supostamente, pela recusa de venda, podendo ser considerada como uma medida mais abrangente e incisiva, visto que não somente determinou a cessação da exclusividade, como também determinou que a empresa apresentasse oferta vinculante a outros agentes do mercado.

3.4. Mercado de meios de pagamento – Processo Administrativo e Apuração de Ato de Concentração Facebook e Cielo

No Processo em questão, são investigadas as empresas Itaú Unibanco e Redecard por prática anticompetitiva que consistiria na redução do prazo de liquidação transações à vista realizadas com o cartão de crédito por clientes que possuam domicílio bancário no Itaú Unibanco.³¹

A medida preventiva concedida pela SG, em outubro de 2019, determinou: (i) a cessação da exigência de domicílio bancário no Itaú para que os clientes da Rede tenham acesso à liquidação das vendas; (ii) a retirada de todas as peças publicitárias que relacionem a liquidação de vendas no crédito com a manutenção de domicílio bancário no Itaú; e (iii) a obrigatoriedade de comunicação direta com todos os clientes da Rede que passaram a ser clientes do Itaú desde o início da campanha. Caso a medida não fosse cumprida no prazo estipulado, as empresas representadas estariam sujeitas à cobrança de multa diária no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

³⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.000989/2019-94.

³¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.002066/2019-77.

Ainda, a SG destacou que, na hipótese de o Banco cancelar a política de redução de prazo em razão da medida preventiva, tal ação poderia indicar que o benefício econômico proveniente da redução só teria racionalidade devido a possível subsídio cruzado entre as empresas:

Caso o Itaú opte por cancelar o benefício de D+30 para D+2 por causa dessa medida, tal ação pode indicar que, de fato, este benefício só teria sentido do ponto de vista econômico por meio de um subsídio cruzado entre as empresas do grupo, o que deverá ser melhor investigado em sede de Processo Administrativo.³²

Ou seja, é possível notar aqui uma obrigação de revisão da prática adotada, que consiste na retirada de peças publicitárias e obrigatoriedade de comunicação com os clientes abarcados pela conduta, além de um valor consideravelmente alto de multa diária. Tal medida foi contestada em sede de Recurso Voluntário, em que houve manutenção parcial da medida preventiva. Foi concedido novo prazo de 10 dias úteis a partir da publicação da revisão da decisão para se adequar a medida imposta e multa foi diminuída para o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). No caso em tela, a medida preventiva da SG havia sido suspensa pela 17ª Vara Cível do Distrito Federal até que houvesse a decisão de mérito pelo Tribunal do Cade no Recurso Voluntário.

Adicionalmente, destaca-se a atuação cautelar da SG na Apuração de Ato de Concentração instaurada em desfavor do Facebook e Cielo para averiguar operação de parceria entre as empresas que tinha por objetivo possibilitar a realização de pagamento por meio do aplicativo WhatsApp. Embora não seja qualificada como medida preventiva propriamente dita, conforme os termos do art. 84 da Lei 12.529, a decisão cautelar proferida no caso é um importante exemplo de atuação acautelatória pelo Cade com o intuito de evitar danos ao ambiente competitivo e, por isso, vale a menção no presente artigo.³³

Desta forma, a cautelar determinou “a suspensão integral da operação no Brasil, ficando vedada a implementação do acordo entre

³² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.002066/2019-77. Nota Técnica nº 79/2019/CGAA2/SGA1/SG/Cade, 24 out. 2019.

³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Apuração de Ato de Concentração 08700.002871/2020-34, Nota Técnica nº 6/2020/SG-TRIAGEM AC/SGA1/SG/Cade, 23 jun. 2020.

Facebook e Cielo e a oferta da solução via Whatsapp”, com possibilidade de cobrança de multa diária no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em caso de descumprimento da medida. A medida vigorou de 24 de junho de 2020 até 02 de julho de 2020, quando foi publicada decisão da própria SG revogando a medida.

Na adoção da medida, a SG havia entendido que um dos principais riscos atrelados à operação seria a possibilidade de haver exclusividade, contratual ou de fato, o que poderia implicar em exclusão de concorrentes no acesso a essa nova forma de pagamento eletrônica, além de reduzir as escolhas para o usuário. Isto, em conjunto com o fato de a operação aliar a base de usuários do WhatsApp (Facebook)³⁴ com o poder de mercado da Cielo. Entretanto, a SG voltou atrás após o argumento apresentado de que, “pela operação entre a Cielo e o Facebook constituir uma relação vertical de prestação de serviços, seria plenamente reversível pelo Cade, na hipótese de uma determinação de retorno das atividades ao status anterior à operação”. Desta forma, entendeu-se que os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* já não estariam presentes.

3.5 Mercado de academias de ginástica do município do Rio de Janeiro

Trata-se de Inquérito que teve início com Representação da Smart Fit que visa apurar práticas de condutas anticompetitivas por parte do Sindicatos das Academias do Rio de Janeiro (SINDACAD/RJ), que estaria tentando barrar novo modelo de negócios que prometia implementar concorrência no setor de academias. Dentre essas condutas, estava a inclusão de uma cláusula na Convenção Coletiva de Trabalho que restringia a quantidade de alunos que cada profissional de educação física poderia supervisionar nas academias cariocas, e que tinha potencial de atingir e inviabilizar o modelo *low cost, low fare*, vez que afeta o custo de operação da academia.

Por se tratar de conduta reincidente e por entender como presentes os requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, a SG concedeu medida preventiva que determinou a suspensão imediata de

34

Disponível

em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOAOZY4LC9vnjGSzd1MuhWmwdXUvSYXICevgI VCT_Wcp_TOISzHQ6ZDxLuWjfOfH644W7k1Blz0eqM8AzRABMv#_ftn1

cláusula da Convenção de Trabalho, bem como determinou que o Sindicato comunicasse por escrito a suspensão da cláusula. Ademais, ficou estabelecida, no caso de descumprimento, multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). O objetivo da medida foi restaurar as condições concorrenciais do objeto de investigação.³⁵

3.6 Mercado de publicidade – Inquérito Administrativo 08700.000529/2020-08

O inquérito foi instaurado para apurar se os chamados “planos de incentivo” presentes nos contratos firmados entre o Grupo Globo e agências de publicidade, o que configuraria abuso de posição dominante e indução à fidelidade. Ainda, a SG constatou que o adiantamento da bonificação também seria lesivo à concorrência por ter o condão de gerar dependência econômica da agência com a emissora, visto que, a partir do adiantamento, esta se torna credora daquela que quitará o crédito com trabalhos ainda a serem realizados.

Nessa esteira, a adoção de medida preventiva ocorreu para que a Globo, a partir da decisão (i) abstenha-se de celebrar novos contratos de Plano de Incentivo; e (ii) abstenha-se de realizar qualquer adiantamento nos Planos de Incentivo, seja em contratos vigentes ou futuros. A medida acabou tendo grande repercussão na mídia, pois as chamadas “bonificações por volumes” são práticas recorrentes no mercado.

Ainda, na hipótese de se descumprir a medida determinada, a empresa estaria sujeita ao pagamento de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). No Recurso Voluntário que julgou a medida, não houve unanimidade quanto ao cabimento da preventiva e a Conselheira Paula Farani ressaltou que a Globo não teria a capacidade de fechar o mercado. Todavia, o Tribunal por maioria, votou pela manutenção da medida preventiva.

A representada decidiu, então, recorrer ao Poder Judiciário para revogar a aplicação da medida preventiva. Em processo em trâmite sob sigredo de justiça na Justiça Federal, o Grupo Globo obteve liminar que decidiu pela permissão à emissora de dar continuidade à celebração de contratos de plano de incentivo, bem como de realizar os

³⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.005683/2019-24.

adiantamentos.³⁶ Esse é mais um exemplo claro de que, assim como outras decisões tomadas pelo Cade, as medidas preventivas não estão imunes de serem revisadas pelo Poder Judiciário.

3.7 Mercado de serviços de hemoterapia - Recurso Voluntário IHHC e IPHH

O Recurso Voluntário foi interposto pelo Instituto de Hematologia e Hemoterapia de Curitiba S/C Ltda. em face de despacho que indeferiu pedido de medida preventiva em desfavor do Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A., que estaria abusando de sua posição, por meio da celebração de contratos de exclusividade, com o intuito de fechar o mercado de serviços de hemoterapia.

O Tribunal administrativo votou por conceder a medida preventiva pleiteada, no entanto, não da forma em que foi requerida, por entender:

ser temerário conceder a medida preventiva tal como pleiteada pelo Recorrente, sob pena deste Conselho incorrer em ato demasiadamente interventivo, em prejuízo à autonomia negocial dos entes privados, à luz do pacta sunt servanda, bem como ante a necessidade de maior instrução pelo Cade para elucidar pontos relevantes para dirimir controvérsia.³⁷

Nessa esteira, a determinação foi de que o representado se abstenha de celebrar novos contratos que incluam, cumulativamente, cláusula de exclusividade relativa à prestação de serviço de hemoterapia e o pagamento antecipado ao hospital contratante.

Assim, esta pode ser considerada uma medida preventiva mais branda, na medida em que impede a empresa de celebrar novos contratos de exclusividade, sem, no entanto, forçar uma rescisão dos acordos já celebrados.

³⁶ LEMOS, Alexandre Zaghi. Com liminar da Justiça, Globo mantém pagamentos de BVs. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2021/01/12/com-liminar-da-justica-globo-mantem-pagamentos-de-bvs.html>

³⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo. Recurso Voluntário 08700.003994/2020-92. Julgamento em: 09 dez. 2020. Data de publicação: 16 dez. 2020.

A medida preventiva permanecerá em vigor até o fim da investigação das condutas pelo Cade e, eventual descumprimento do quanto determinado acarretará multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte e mil reais).

3.8. Mercado de delivery de comida

No Inquérito Administrativo instaurado para apurar a celebração de contratos de exclusividade em larga escala por parte o iFood, empresa líder no mercado, a SG determinou a adoção de medida preventiva para impedir que a empresa representada firmasse novos contratos com cláusulas de exclusividade, nos seguintes termos: (i) para restaurantes que já integram a plataforma de *delivery*, mas sem exclusividade, não poderá ser acordada exclusividade; (ii) para os restaurantes que já integram a plataforma com exclusividade, os contratos poderão continuar vigentes e, caso seja de comum acordo, poderão ser renovados contendo a cláusula de exclusividade pelo período de 1 ano, podendo ser renovado por igual período, sem limite de renovações; (iii) para os restaurantes ainda não integrantes da plataforma, o iFood poderá celebrar novos contratos, desde que não contenham cláusula de exclusividade; e (iv) caso um restaurante integrante da plataforma com exclusividade opte por não renovar a exclusividade, não poderá posteriormente em nova renovação pactuar a cláusula de exclusividade.³⁸

Tal medida é de importante destaque, visto que a autoridade antitruste ainda não teve muitas oportunidades de se debruçar sobre questões relacionadas aos mercados digitais. Desta forma, a atividade cautelar representa um movimento significativo do Cade no sentido de dedicar mais atenção às práticas nestes mercados, oferecendo assim uma proteção ao ambiente competitivo e incentivo à entrada de novos players. Acerca do caso em questão, cita-se interessante trecho da Nota Técnica:

o Cade evita intervir em contratos firmados entre empresas em condições normais por entender que os agentes de mercado costumam buscar maximizar eficiências por meio da celebração de contratos. Decerto, como preconiza a Representada, cada contrato de exclusividade firmado pelo iFood gera eficiências tanto para a plataforma quanto para o

³⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade. 10 mar. 2021.

restaurante que a esta cláusula se submete – se assim não fosse, ele provavelmente preferiria ser multi-homing e estar presente no maior número de plataformas a fim de atingir a maior quantidade possível de potenciais clientes. *Todavia, a adoção de cláusulas de exclusividade como uma política de uma empresa que detém poder de mercado tem o potencial de prejudicar a concorrência, conforme já debatido.* E é essa celebração de contratos de exclusividade com restaurantes conhecidos do grande público como uma prática que se busca frear até que o Cade se debruce sobre as condições de mercado e colete informações suficientes para avaliar a partir de qual ponto ela pode configurar um ilícito concorrencial.³⁹ (grifo nosso)

As medidas impostas têm vigência até decisão final do Cade sobre a ilicitude da prática e, caso sejam descumpridas, podem acarretar multa diária de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Ademais, é importante ressaltar uma certa tendência global na comunidade antitruste do entendimento de que medidas preventivas seriam um instrumento importante de promoção da efetividade das investigações nos casos envolvendo mercados digitais, como bem pontua o artigo escrito por Ana Sofia Monteiro Signorelli.⁴⁰

Nesse mesmo sentido, é o que conclui estudo do Departamento de Estudos Econômicos do Cade sobre mercados digitais. O trabalho em questão cita relatórios do Reino Unido e da Alemanha que defendem a utilização mais frequente das medidas preventivas nos mercados digitais, a fim de fazer frente ao risco de *tipping* e proteger a competição.⁴¹

3.9. Conclusões da análise dos casos

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro. A nova era das preventivas no Cade. Valor Econômico, [s. l.], 16 abr. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/04/16/a-nova-era-das-preventivas-no-cade.ghtml>.

⁴¹ LANCIERI, Filippo Maria e SAKOWSI, Patrícia Alessandra Morita. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. [S. l.], ago. 2020. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Estudo%20do%20DEE%20a%20borda%20concorr%C3%Aancia%20em%20mercados%20digitaisDocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf.

Diante da análise realizada, que envolveu diferentes mercados apreciados, tanto pela SG quanto pelo Tribunal, nota-se que, em sua grande maioria, as medidas preventivas são proferidas no sentido de fazer com que a prática investigada cesse a partir do momento da decisão, com vigência até uma decisão final de mérito acerca da investigação, visto que a reversão à situação anterior tende a ser determinação de difícil aplicação prática. Ainda assim, nota-se que, quando entendida possível e oportuna, há a adoção de medidas com efeito retroativo. No caso envolvendo Sem Parar e Connect Car, a medida preventiva aplicada determinou, além da proibição de celebração de novas relações contendo exclusividade, que as representadas cessassem quaisquer exclusividades já vigentes antes da medida.

A análise também validou a afirmativa realizada anteriormente neste artigo de que o estabelecimento de multas diárias para o caso de descumprimento da decisão teria o condão de conferir maior força coercitiva à medida preventiva, visto que se pode observar que tais penalidades estavam previstas em todos os casos apresentados. Inclusive, estas multas têm se destacado por seu alto valor, quando se considera que estas são cobradas a cada dia de descumprimento. Por outro lado, não se observou um padrão na aplicação das multas, tampouco ficou evidente a racionalidade de cada valor aplicado, visto que o cálculo para imposição de multas consta como de acesso restrito às partes. De qualquer forma, apresentamos na tabela abaixo informações sobre as multas diárias impostas em cada processo analisado:

Caso	Mercado	Ano	Valor da multa diária no caso de descumprimento
Petrobras, White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. – Gás Local	Mercado de Gás Natural	2015	R\$ 75.000,00

Caso	Mercado	Ano	Valor da multa diária no caso de descumprimento
APM	Mercado de Armazenagem Alfandegada	2021	R\$ 100.000,00
Embraport	Mercado de Armazenagem Alfandegada	2020	R\$ 20.000,00
Sem Parar e ConectCar	Mercado de Pagamento automático de tarifas de pedágios e estadias em estacionamentos	2020	R\$ 40.000,00
Itaú Unibanco e Redecard	Mercado de Meios de Pagamento	2019	R\$ 500.000,00 - multa foi reduzida para o valor de R\$ 250.000,00 em Recurso Voluntário
<i>Facebook e Cielo</i>	Mercado de Meios de Pagamento	2020	R\$ 500.000,00
Sindicatos das Academias do Rio de Janeiro (SINDACAD/RJ)	Mercado de academias de ginástica do município do Rio de Janeiro	2020	R\$ 100.000,00

Caso	Mercado	Ano	Valor da multa diária no caso de descumprimento
Grupo Globo	Mercado de Publicidade	2020	R\$ 20.000,00
Instituto Paranaense de Hemoterapia e Hematologia S.A.	Mercado de Serviços de Hemoterapia	2020	R\$ 20.000,00
iFood	Mercado de <i>Delivery</i> de Comida	2021	R\$ 150.000,00

Ademais, observa-se também que o Cade tem imposto obrigações de diversas naturezas a fim de promover a cessação das condutas. Assim, estão presentes obrigações que envolvem obrigações de não fazer, como deixar de cobrar determinada taxa ou obrigação de fazer, no sentido de oferecer oferta comercial vinculante a outros agentes do mercado. Outra obrigação que se destacou foi a de comunicar a outros agentes de mercado sobre a cessação de determinada conduta, como consequência da cautelar.

Vale lembrar, o princípio da proporcionalidade visa impedir excessos e realizar um ajuste entre meios e fins. Portanto, a fim de se proteger a livre iniciativa, não se pode valer de excessos, em especial quando se trata de medidas preventivas, onde atividade cognitiva não é realizada de maneira aprofundada. Isto, pois, ainda que o objetivo seja proteger direitos coletivos, há de se levar em consideração a capacidade da empresa de seguir as obrigações exigidas.

Desta forma, dos casos analisados conclui-se que, ainda que o exame de proporcionalidade não seja realizado formalmente quando da aplicação destas medidas, o Cade tem criado obrigações cautelares que são pensadas e sopesadas caso a caso e que, ao mesmo tempo em que buscam prevenir danos irreparáveis ao mercado, levam em consideração a capacidade das empresas de cumprirem as exigências. À título

ilustrativo, cita-se o seguinte trecho da Nota Técnica que embasou a medida preventiva no mercado de *delivery*:

Ao requisito legal, a prática administrativa, fundada nos princípios da razoabilidade, motivação, proporcionalidade e segurança jurídica, tem adicionado o requisito de demonstração da probabilidade do direito. A interpretação se coaduna com a sistemática de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos administrativos do Cade, por força do art. 115 da Lei nº 12.529/2011. Isso porque a lei processual civil exige, para a concessão de tutelas provisórias de urgência, o preenchimento dos dois pressupostos.⁴²

Ademais, como se observou no caso do Facebook, a autoridade também tem feito reanálise sobre a manutenção ou não da medida. Assim, a revogação de preventiva pode ser tanto realizada pela SG, quanto no âmbito de Recurso Voluntário, via por excelência adequada para questioná-la. É válido frisar também que, em algumas ocasiões, como ocorreu no caso da Globo e Embraport, é possível a revisão do judiciário.

Um outro ponto é que dos casos analisados depreende-se que o padrão de prova varia e inclui informações públicas, manifestação de concorrentes, descumprimento de consultas realizadas ao Cade, ou existência de jurisprudência consolidada no Cade, como é o caso do mercado de armazenagem alfandegada.

Por fim, se antes a concessão de medidas preventivas era vista como atividade atípica, a análise dos casos permite concluir que a autoridade tem se valido cada vez mais deste instrumento que visa a preservação da ordem econômica.

4. Conclusão

Conforme denota o trabalho, o instituto da medida preventiva é importante ferramenta à disposição do Cade para a garantia de um ambiente concorrencialmente saudável. Vale dizer, a autoridade, em sua atuação, busca, por meio da repressão de práticas anticompetitivas, promover a manutenção de um ambiente propício à concorrência lançando mão dos mecanismos que tem ao seu alcance.

⁴² *Ibidem*.

Nessa esteira, a medida preventiva caracteriza intervenção da autoridade que, enquanto objetiva a proteção da concorrência, permite que a empresa investigada não provoque prejuízos ao mercado até que se tenha uma decisão definitiva sobre sua prática. Como visto, a previsão legal destas medidas encontra-se tanto no art. 84 da Lei de Defesa da Concorrência, como no artigo 211 do Regimento Interno do Cade.

Conforme já mencionado, o Cade vem fazendo uso do instituto com maior frequência. Entretanto, como foi constatado ao longo da pesquisa e demonstrou-se no decorrer deste artigo, tal reiteração não ocorre de forma arbitrária, mas sim com a observância dos requisitos legais para sua adoção.

Dessa forma, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos cumulativos essenciais à concessão da medida preventiva, se afiguram nos casos concretos das mais diversas formas, a partir de evidências juntadas aos autos e da jurisprudência do Cade.

Ainda, importante lembrar que a medida preventiva não é determinação absoluta; isso pois, é possível sua manutenção ao longo da instrução processual e, a qualquer momento em que se observe que não estão presentes alguns dos requisitos essenciais, a autoridade poderá revogá-la - exemplo disso é a Apuração de Ato de Concentração entre Facebook e Cielo. Como bem apontado pelo Conselheiro Hoffmann, a premissa também é verdadeira na situação contrária, ou seja, se a princípio o entendimento for pela não adoção de medida preventiva, mas, ao longo da instrução verificaram-se indícios de que seja necessária, não há óbice para a revisitação do assunto.⁴³

Outro ponto relevante que se notou com a redação do presente trabalho foi que a reversão de medida preventiva adotada pelo Cade pelo poder judiciário é exceção à regra, visto que não são frequentes os casos em que ocorre.

Assim, as medidas adotadas pela autoridade são dotadas de respaldo legal e força coercitiva, por meio de estabelecimento de multas no caso de não cumprimento. Por tal razão, é imprescindível acompanhar a aplicação do instrumento, que tem sido cada vez mais frequente.

Portanto, o que se pretendeu com o presente trabalho foi não somente dissertar sobre como ocorre a concessão de medidas preventivas

⁴³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.004935/2020-31.

no âmbito da defesa da concorrência, mas também enfatizar, por meio dos exemplos abordados, a utilidade e pertinência da atividade cautelar, desde que aplicada com razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

5. Referências

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 20ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, Procedimento Comum Cível, Processo nº 1006885-95.2021.4.01.3400. Pendente de julgamento.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada. Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do Cade. [S. l.], mai. 2016. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Processo Administrativo 08012.011881/2007-41. Nota Técnica nº 16/20/SG/Cade, 23/04/2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Apuração de Ato de Concentração 08700.002871/2020-34. Nota Técnica nº 6/2020/SG-TRIAGEM AC/SGA1/SG/Cade, 23 jun. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Processo Administrativo 08700.002066/2019-77. Nota Técnica nº 79/2019/CGAA2/SGA1/SG/Cade, 24 out. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral, Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade, 10 mar. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Processo Administrativo 08700.000351/2019-53. Nota Técnica nº 9/2019/CGAA3/SGA1/SG/Cade, 28 fev. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito

Administrativo 08700.000529/2020-08. Anexo à Nota Técnica nº 5/2020/GAB-SG/SG/Cade, 01 dez. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Superintendência-Geral. Inquérito Administrativo 08700.005683/2019-24.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005846/99-12, 14 jun. 1999.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.000989/2019-94. Julgamento em: 20 mar. 2019. Data de publicação: 25 mar. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Embargos de Declaração no Recurso Voluntário 08700.000989/2019-94. Julgamento em: 22 mai. 2019. Data de publicação: 23 mai. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.004943/2020-88. Julgamento em: 03 fev. 2021. Data de publicação: 10 fev. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.001984/2020-12. Julgamento em: 17 jun. 2020. Data de publicação: 24 jun. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.004935/2020-31. Julgamento em: 03 fev. 2021. Data de publicação: 10 fev. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.003994/2020-92. Julgamento em: 09 dez. 2020. Data de publicação: 16 dez. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.003097/2009-73. Julgamento em: 16 set. 2009. Data de publicação: 18 set. 2009.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Órgão Julgador: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Recurso Voluntário 08700.003085/2009-49. Julgamento em: 16 set. 2009. Data de publicação: 18 set. 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LANCIERI, Filippo Maria e SAKOWSI, Patrícia Alessandra Morita. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. [S. l.], ago. 2020. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Estudo%20do%20DEE%20aborda%20concorr%C3%Aancia%20em%20mercados%20digitaisDocumentodeTrabalho5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaosrelatoriosespecializados.pdf.

LEMOS, Alexandre Zaghi. Com liminar da Justiça, Globo mantém pagamentos de BVs. [S. l.]. 2021. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2021/01/12/com-liminar-da-justica-globo-mantem-pagamentos-de-bvs.html>.

RODAS, João Grandino. Medidas preventivas são úteis para a proteção da concorrência. [S. l.], 03 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-03/olhar-economico-medidas-preventivas-sao-uteis-protacao-concorrencia>.

SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro. A nova era das preventivas no Cade. Valor Econômico, 16 abr. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/04/16/a-nova-era-das-preventivas-no-cade.ghtml>

PARTE 3 - POLÍTICA CONCORRENCIAL

5. INCENTIVOS, DESINCENTIVOS E EXTENSÃO DO PRAZO DE PATENTES

5. *THERE IS NO SUCH THING AS A FREE LUNCH*

Paula A. Forgioni

Professora Titular e Chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Introdução: a formação de estratégias empresariais por incentivos e desincentivos legais

Há muito se entende que os comerciantes agem de forma profissional¹, **visando ao lucro**². O Direito pressupõe que a empresa procurará sempre o ganho e agirá com tal escopo³; se não luta pelo proveito econômico, não é empresa, mas associação beneficente ou outro ente sem fins lucrativos.

Ademais, por serem profissionais, os agentes de mercado são racionais⁴, desenhando estratégias de maneira a satisfazer seu

¹ Nesse sentido, dispõe o art. 966 do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce **profissionalmente** atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

² O padrão jurídico estabelecido é a do comerciante ativo e probo, acostumado ao giro mercantil. Por todos, Cairu: “[...] os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habéis, atilados, e perspicazes em seus negócios [...]. Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circumspectos em seus tratos. [...]” [JOSÉ DA SILVA LISBOA. Princípios de direito mercantil e leis de marinha, 6ª ed., Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1.874, v. II, p. 504].

³ A unanimidade da doutrina jurídica acentua a característica da **busca do lucro** como inerente ao mercador/comerciante/empresa. Para a análise da bibliografia clássica, v. PAULA A. FORGIONI, A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.016, p. 29-73.

⁴ Ainda que essa racionalidade seja limitada, pois as empresas encontram entraves à solução de problemas complexos. As decisões dos agentes são tomadas com incompletude de informações, sendo óbvia a impossibilidade de “prever e processar todas as contingências futuras relativas ao contrato” [ELIZABETH FARINA e outros. Competitividade, mercado, Estado e organizações, São Paulo: Singular, 1.997, p. 72]. Sobre a racionalidade limitada dos agentes, é indispensável a referência a HERBERT SIMON, Organizations and Markets, Journal of Economic Perspectives, 1.991, v. 5, n. 2, p. 25-44. Disponível em:

autointeresse com avidez⁵.

A conjunção desses três fatores [racionalidade + busca do autointeresse + escopo de lucro] faz com que a empresa, diante de vários possíveis caminhos, escolha aquele que acredita capaz de lhe trazer maiores benefícios⁶. Estratégias são formatadas para obter a maior vantagem econômica possível.

Em seus processos de tomada de decisão, o agente econômico responde a **incentivos**, ou seja, a estímulos para se conduzir de uma ou de outra forma. Para os fins deste artigo, interessam mais de perto os impulsos jurídicos [i.e., postos pelo Direito] que recaem sobre as empresas, capazes de produzir efeitos econômicos e, portanto, prescrever seu comportamento.

A implementação de políticas públicas passa por esse mecanismo: o Estado coloca regras para encorajar condutas socialmente desejáveis e desencorajar aquelas indesejáveis, conforme objetivos previamente definidos no campo político⁷.

Como exemplo, pensemos em uma sociedade que deve optar entre ser pontual ou não no pagamento de seus impostos. Seu processo de tomada de decisão forçosamente ponderará que o inadimplemento da obrigação levará à imposição de multa. A chance de lhe ser impingida uma sanção constitui **incentivo** para a sociedade recolher seus tributos e **desincentivo** para sonegá-los. Se uma barragem se rompe e nada de muito grave acontece nem com a empresa, nem com seus administradores, arrefecem-se os incentivos para que, no futuro, conduta mais diligente venha a ser adotada. A sombra do futuro incide sobre o presente.

<<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.5.2.25>>, acesso em 12 de junho de 2.018.

⁵ Em linguagem econômica, afirma-se que os agentes são oportunistas, ou seja, movidos por “self-interest seeking with guile” [cf. OLIVER E. WILLIAMSON. *Opportunism and its critics*, *Managerial and decision economics*, 1.993, v. 14, p. 97].

⁶ Trata-se do que os economistas chamam de “maximização”, ou seja, “[c]hoosing the best alternative that the constraints allow can be described [...] as maximizing” [ROBERT COOTER e THOMAS ULEN. *Law & Economics*, 3ª ed., Boston: Addison-Wesley, 1.999, p. 11].

⁷ Sobre as sanções jurídicas e os estímulos de comportamento, indispensável a leitura de NORBERTO BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino: Giampichelli, 1.993, p. 128 e s.

Nesse sentido, assim como todas as leis, a LPI não é exceção e também tece um sistema de estímulos comportamentais para os agentes econômicos, muitos dos quais ligados a recompensas típicas do monopólio. Analisemos os aspectos desse arranjo institucional e econômico, desdobrados a partir da Constituição Federal.

2. Os incentivos e desincentivos da LPI

2.1. Comandos constitucionais, inovação e sobreposição

1. A LPI tem por embasamento a política pública insculpida no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”. (grifos nossos)

O texto constitucional deixa entrever a complexidade da equação: garante-se ao particular o privilégio temporário típico da propriedade industrial [ou seja, a exclusividade de exploração ou exclusivos], mas essa prerrogativa não tem por escopo o seu interesse individual e sim “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Por um lado, o sistema jurídico deve proteger a inovação, concedendo incentivos econômicos para os empreendedores. Por outro, a Constituição determina a consideração dos interesses da sociedade e dos consumidores.

Tradicionalmente, a propriedade intelectual é encarada como “ilha de proteção” do agente econômico contra a força concorrencial, na qual se assegura um monopólio de exploração. Os direitos de propriedade industrial corporificam *privilégios* e tendem a diminuir o grau de concorrência em determinado setor da economia, restringindo a livre-iniciativa e a livre-concorrência de forma a recompensar o criador por seu

esforço de inovação e, desta feita, incentivar o desenvolvimento de produtos e tecnologias.

A justificativa econômica para a exclusividade baseia-se na ideia de que o agente econômico tenderia a não realizar investimentos sem a perspectiva de aferição de lucros⁸.

Partindo desse argumento e seguindo linha de pensamento esboçada desde o século XVI, muitos acabam indevidamente tomando os direitos de propriedade industrial como espécie de direito natural⁹ e absoluto de seu titular: a pesquisa e a inovação devem ser recompensadas mediante a outorga de exclusividade de exploração capaz de atribuir lucros sedutores.

O problema – ao qual não se costuma dar o devido destaque – reside no fato de que *a garantia do bom retorno econômico decorre da exclusividade e, portanto, da ausência de força concorrencial*, normalmente responsável por pressionar a redução dos preços e o aumento da qualidade. O titular do exclusivo acaba conseguindo impor aos consumidores *preços mais altos* do que praticaria caso enfrentasse a competição. No campo da propriedade industrial [mais do que em qualquer outro] a jocosa frase “não existe almoço grátis” faz-se verdadeira¹⁰. O incremento da remuneração do detentor do exclusivo provém dos bolsos dos consumidores.

⁸ Na explicação de HERBERT HOVENKAMP e outros: “In a private market economy, individuals will not invest sufficiently in invention or creation unless the expected return from doing so exceeds the cost of doing so” [IP and Antitrust: An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, New York: Aspen, 2.006, § 1.1]. Para WILLIAM LANDES E RICHARD POSNER: “The dynamic benefit of a property right is the incentive that possession of such a right imparts to invest in the creation or improvement of a resource in period 1 [for example, planting a crop], given that no one else can appropriate the resource in period 2 [harvest time]” [The economic structure of intellectual property law, Cambridge: Belknap Press, 2.003, p. 13].

⁹ Essa é a visão de cultuados e antigos autores: “Assim, a propriedade intelectual é de direito natural e não um direito de criação humana, ainda que deduzido logicamente dos princípios do direito natural; ou, por outras palavras, a propriedade intelectual é imediatamente de direito natural e não apenas mediadamente, por intermédio da atividade deliberante ou, pelo menos, discursiva da razão, ao contrário da propriedade privada” [JOÃO DA GAMA CERQUEIRA. Tratado da propriedade industrial, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.982, v. I, p. 157].

¹⁰ A divulgação da expressão “there is no such thing as a free lunch” deve-se a Milton Friedman que, em 1.975, lançou um livro empregando essa frase como título. Apontam alguns pesquisadores que a frase não teria sido por ele cunhada, ao

É preciso admitir que “a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo”¹¹. A concorrência, na célebre dicção de JHERING, é o “regulador espontâneo do egoísmo”¹², até mesmo porque, como observava ASCARELLI, “obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo”¹³.

Deixada no exercício de sua atividade sem pressões competitivas, a empresa tende a explorar a coletividade para obter o maior lucro possível. Todo cidadão brasileiro tem noção das penúrias a que está sujeito quando se depara com um monopólio. Porém, se ao adquirente for garantida a *opção de escolha* entre os bens oferecidos por vários agentes econômicos, eles serão forçados a *disputar* a oportunidade de troca, e aquele que *oferecer melhores condições* ganhará o contrato.

Ao mesmo tempo em que é *nociva* ao agente, a concorrência indica o caminho pelo qual ele poderá atrair novas oportunidades de negócios, aumentando a perspectiva de obtenção de proveito econômico; a fim de incrementar o volume de operações, a empresa deve desfrutar de *novas oportunidades de troca*. Para obtê-las, de duas uma: ou as subtrai de outros agentes ou as cria. Em ambas as hipóteses deverá *competir*, seja para sacá-la de seu concorrente, seja para impedir que outro se aproprie das novas oportunidades geradas.

A disputa é essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais e, apenas nessa medida, desejada pelo agente econômico. A empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros.

Mas porque protegem o agente da concorrência, os privilégios distorcem o funcionamento do mercado, aumentando os custos de

contrário do que normalmente se acredita [FRED SHAPIRO. Quote... Misquote, The New York Times Magazine, 21 de julho de 2.008. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html>>, acesso em 12 de junho de 2.018].

¹¹ PAULA A. FORGIONI. Os fundamentos do antitruste, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.016. p. 324-325.

¹² RUDOLF VON JHERING. A evolução do direito, Salvador: Progresso, 1.953, p. 140.

¹³ TULLIO ASCARELLI. Os Contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, in: Ensaios e pareceres, São Paulo: Saraiva, 1.952, p. 223.

transação e sujeitando os consumidores às agruras dos preços de monopólio. Além disso, a sociedade restará privada das inovações – algumas, como no caso dos remédios, indispensáveis à vida. Quando se trata de inovação, progresso e propriedade industrial, é pertinente a observação de HOVENKAMP: “patents and copyrights sometimes constitute formidable barriers to entry”¹⁴. A proteção excessiva aos exclusivos pode retardar ou mesmo dizimar a inovação¹⁵.

Em suma: de uma parte, a garantia à propriedade intelectual tende a estimular o desenvolvimento tecnológico, de outra é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade¹⁶. Tudo

¹⁴ HERBERT HOVENKAMP. *The antitrust enterprise: Principle and execution*, Cambridge: Harvard University Press, 2.008, p. 14.

¹⁵ LEA SHAVER. *Access to knowledge in Brazil: New research on intellectual property, innovation and development*, Londres: Bloomsbury Academic, 2.010, p. 8. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1729837>, acesso em 7 de junho de 2.018.

¹⁶ A esse respeito, KARIN GRAU-KUNTZ: “A questão é simples: a lei garante proteção exclusiva aos bens imateriais com base no argumento de que a inovação é conveniente para o mercado [inovação = aumento da concorrência = aumento do bem-estar]. Em um primeiro momento, a concorrência é limitada pela propriedade industrial; entretanto, essa limitação gera concorrência, pois ambos os institutos são complementares e não antagonicos. O estímulo à inovação dá-se por meio da atribuição de proveito econômico, ou seja, àquele que inovou é assegurado o direito de não ser imitado, o que implica vantagem concorrencial. Essa vantagem cristalizar-se-á no mercado, no processo de formação do preço do bem protegido, uma vez que o titular do direito exclusivo o determinará levando necessariamente em conta a concorrência oferecida pelos outros produtos substituíveis existentes no mercado. Ou seja, os limites e a dimensão da vantagem que lhe assiste por ser titular do direito exclusivo serão determinados pela concorrência no mercado. Dizendo-o de outro modo: uma vez que o preço do produto será formado pelo processo concorrencial, a dimensão da vantagem garantida por esse direito exclusivo sobre o bem imaterial – a dimensão do estímulo – é formada pela situação de concorrência no mercado. Quanto mais inovativo for o produto, maior será o lucro do titular do direito exclusivo. Assim, se a propriedade intelectual garante o prêmio, a concorrência estipula o *quantum* desse prêmio. Esse é o pensamento tradicional sobre a propriedade intelectual. No entanto, note-se que ele pressupõe a existência de concorrência no mercado pois, como visto, a natureza do prêmio pela inovação é obrigatoriamente concorrencial. Se o titular do direito exclusivo possui a exclusividade e não está sujeito à concorrência, seu prêmio não será de natureza competitiva, mas monopolista. Ocorre que esse prêmio que não é determinado ou limitado pela concorrência mostra-se absoluto e sem dimensões, é contrário à

está em acertar o “tênuo equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano [...] e o estímulo à evolução cultural e industrial do país”¹⁷.

2.2. O comportamento dos agentes econômicos no período do exame do pedido de patente pelo INPI

A LPI distingue claramente entre [i] o *depósito do pedido de patente* pelo requerente junto ao INPI e [ii] sua *concessão* pela autarquia¹⁸.

O *depósito do pedido de patente*, disciplinado pela Seção I do Capítulo III da LPI, acontece tão logo apresentado o pedido, após exame formal preliminar¹⁹.

Por sua vez, a *concessão da patente* ocorre quando, depois do “processo e exame” pelo INPI, o pedido é deferido e expede-se a respectiva carta-patente. De acordo com o art. 38, § 3º da LPI, reputa-se concedida a patente na *data de publicação do ato respectivo*²⁰.

natureza estimuladora da competição da propriedade intelectual, aviltando-a” [O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/?media_dl=327>, acesso em 7 de junho de 2.018].

¹⁷ NEWTON SILVEIRA e WALTER GODOY DOS SANTOS JR. Propriedade intelectual e liberdade, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, 2.006, n. 142, p. 20. Nas palavras de um conservador autor norte americano: “The key to economic efficiency lies in balancing the social benefit of providing economic incentives for creation and the costs of limiting the diffusion of knowledge” [HERBERT HOVENKAMP e outros, IP and Antitrust: An analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, New York: Aspen, 2.006, p. 1-10].

¹⁸ Sobre o procedimento administrativo relacionado às patentes, v. DENIS BORGES BARBOSA, Tratado da propriedade intelectual, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2.017, t. II, p. 1.422 e s.

¹⁹ Dispõe o art. 20 da LPI que a data de depósito é a data de apresentação do pedido: “Apresentado o pedido, será ele submetido a exame formal preliminar e, se devidamente instruído, será protocolizado, **considerada a data de depósito a da sua apresentação**”.

²⁰ “Art. 38. A patente será concedida depois de deferido o pedido, e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva carta-patente. § 1º O pagamento da retribuição e respectiva comprovação deverão ser efetuados no prazo de 60 (sessenta) dias contados do deferimento. § 2º A retribuição prevista neste artigo poderá ainda ser paga e comprovada dentro de 30 (trinta) dias após o prazo

Quando a patente é outorgada, seu titular passa a deter o *direito de exploração exclusiva* daquela invenção. Novamente, a LPI é clara:

“Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patentado”.

Porém, no intervalo de tempo compreendido entre o depósito e a concessão da patente, terceiros podem arvorar-se na comercialização de produto ligado à possível patente ou à tecnologia que está em análise pelo INPI.

Parece razoável que, enquanto a patente não for efetivamente concedida, a Lei não proíba terceiros de exercerem esse comércio²¹. Todavia, se o privilégio for ao final garantido, terceiros terão abocanhado lucros que deveriam pertencer ao inovador.

A LPI resolve a situação estabelecendo que, em caso de “exploração indevida” do objeto da patente, “inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a concessão da patente”, assegura-se “ao titular da patente [...] o direito de obter indenização”. Textualmente:

“Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela *exploração indevida* de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente”. (grifos nossos)

Tome-se a situação de um produtor de remédios genéricos diante dos incentivos e desincentivos postos por esse quadro normativo.

previsto no parágrafo anterior, independentemente de notificação, mediante pagamento de retribuição específica, sob pena de arquivamento definitivo do pedido.

§ 3º Reputa-se concedida a patente na data de publicação do respectivo ato”.

²¹ Porque, em teoria, existe a possibilidade de a patente não ser concedida ao final do procedimento administrativo.

A empresa farmacêutica X depositou um pedido de patente. Se a empresa de genéricos Y produzir medicamento concorrente valendo-se da tecnologia ainda em análise pelo INPI e a patente for concedida ao final, Y deverá indenizar X, amargando perdas. A indenização quase que seguramente suplantará o valor de todos os lucros auferidos pela fabricante de genéricos. *Assim, para o concorrente potencial, o risco envolvido na eventual entrada no mercado é bastante elevado.*

Quanto mais embasado e sólido for o pedido de patente em análise, maior será o risco assumido pela empresa que desafiar o depositante no mercado, porque quase certo será o seu dever de indenizar.

Vimos acima que agentes econômicos tendem a ser racionais e a responder a incentivos. Embora, em teoria, o lançamento de um produto concorrente àquele que está em processo de análise seja possível pelo texto da LPI, ninguém se aventura no empreendimento. Os concorrentes potenciais não se arriscam, ainda mais quando querem concorrer com pedidos de patentes “fortes”, cuja probabilidade de concessão é altíssima. O *desincentivo* à atuação de novos entrantes mostra-se capaz de neutralizar qualquer força concorrencial, impermeabilizando o mercado.

*Não se deve ter qualquer receio em assumir que o quadro de incentivos e desincentivos posto pelo parágrafo único do art. 40 garante ao detentor da patente o monopólio de exploração desde o momento do depósito do pedido de patente que, atualmente, em muito ultrapassa vinte anos*²². Na prática, desde o momento do pedido, a empresa que pleiteia a

²² Sobre essa realidade, lembrem-se os ensinamentos do Professor DENIS BARBOSA, em seu Tratado da Propriedade Intelectual [2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.017, t. II, p. 1.510-1.511]: “[A] eficácia econômica de uma patente não se limita ao prazo de vigência da patente. Com efeito, o poder dissuasório de uma patente, em face de seus concorrentes, nasce do momento em que o titular do pedido de patente exerce seu direito de fazer o primeiro depósito no mundo. A partir desse depósito, nasce para o titular o poder de requerer o monopólio em todo e qualquer país onde se reconheça o direito de prioridade ou direito de requerimento ao estrangeiro. Em cada um desses Estados cria-se uma expectativa de direito que desaconselha o investidor prudente de exercer a concorrência com o uso da solução técnica para a qual se pede a exclusividade. A ciência da existência desse pedido se dará, na maior parte dos casos, após o período de sigilo que é – em regra – de dezoito meses. Interesses estratégicos podem fazer com que o titular torne público a descrição ou referência do teor do pedido para – exatamente – desincentivar a competição mesmo pelos competidores que têm tecnologias competitivas que possam colidir, ainda que em parte, com o objeto do pedido. A regra, aliás, é que, na manifestação de simples intenção de produzir, um concorrente potencial receba a

patente acaba gozando de elevada proteção contra a concorrência, ou seja, de um privilégio jurídico e econômico²³. *Há, portanto, um monopólio de fato.*

A conclusão é irrefutável: “o investimento em montar fábricas, efetuar treinamento de pessoal, tentar obter mercado, para depois se ter todo o proveito econômico, e mais ainda, canalizado para o titular que – eventualmente – vier a obter o privilégio, *não compensa o risco*. Ou seja, a patente efetivamente vale *como um instrumento de mercado* antes da sua concessão. O efeito econômico precede a plenitude do efeito jurídico”²⁴.

Mesmo que um concorrente potencial resolvesse atuar no mercado, a proteção oferecida pela LPI àquele que apresentou o pedido de patente faz-se incrivelmente forte: tão logo obtido o privilégio, recobrará qualquer prejuízo sofrido durante o tempo de análise pelo INPI.

As quantias auferidas por esses monopólios são astronômicas. Nas palavras do STJ, “[t]ratando-se de medicamentos, adiar a entrada em domínio público das invenções significa retardar o acesso ao mercado de genéricos, causando, como consequência, o prolongamento de preços mais altos, o que contribui para a oneração das políticas públicas de saúde e dificulta o acesso da população a tratamentos imprescindíveis”.

As drogas genéricas são, em regra, 35% mais baratas do que as de referência e os preços dos medicamentos caem, em média, 66% após o

notificação de *cease and desist*, como se chama internacionalmente o aviso do titular da patente para retirar a presunção de boa-fé do competidor”. A questão é também tratada no artigo “A inexplicável política pública por trás do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial” [Revista da Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região – EMARF, Rio de Janeiro, 2.013/2.014, v. 19, p. 127 e s. Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfol19.pdf>>, acesso em 7 de junho de 2.018].

²³ Exatamente nessa linha manifestou-se recentemente o STJ: “O autor do invento possui tutela legal que lhe garante impedir o uso, por terceiros, do produto ou processo referente ao requerimento depositado, além de indenização por exploração indevida de seu objeto, a partir da data da publicação do pedido (e não apenas a partir do momento em que a patente é concedida). Dessa forma, apesar da expedição tardia da carta-patente pelo INPI, a invenção do recorrente não esteve, em absoluto, desprovida de amparo jurídico durante esse lapso temporal” [STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.721.711/RJ, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17 de abril de 2.018].

²⁴ DENIS BARBOSA. Tratado da Propriedade Intelectual, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.017, t. II, p. 1.512.

término da proteção patentária²⁵. É fato incontroverso que a extensão indevida de prazos de vigência de patentes impõe sensíveis custos adicionais para seus adquirentes e para a sociedade como um todo.

2.3. O problema do backlog e os prazos do art. 40

No mundo ideal, os pedidos de patentes seriam analisados pelo INPI de forma ao mesmo tempo profunda e célere. Infelizmente, apesar do empenho dos servidores do INPI, não é isso que ocorre, até mesmo porque os recursos da Administração são exageradamente limitados. Existe o chamado *backlog*, isto é, o acúmulo de trabalho, uma “pilha de pedidos em espera”, como se diz coloquialmente.

O período que entremeia o depósito do pedido de patente e sua concessão é demasiadamente longo, não correspondendo a qualquer tempo econômico ou padrão de eficiência. É comum esse processo levar mais de dez anos²⁶.

O caput do art. 40 da LPI determina que “[a] patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos [...] *contados da data de depósito*”. O seu parágrafo único complementa a disciplina:

“O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção [...] a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior”.

Por força desse parágrafo único, considerando o *backlog* hoje existente, a proteção concedida às patentes ultrapassa em muito o prazo de vinte anos, sujeitando os consumidores a preços muito mais elevados do que os vigentes em um mercado competitivo. Ademais, esse tempo dependerá da duração do procedimento administrativo no INPI e,

²⁵ Conforme estudo: RENATA M. DE ALMEIDA E ALEXANDRE G. VASCONCELLOS, Implicações da indefinição do prazo de vigência das patentes “mailbox” para a saúde no Brasil: um estudo de caso de uma patente de combinação de fármacos para o tratamento de HIV/AIDS, Cad. Prospec., Salvador, v. 9, n. 4, p. 376-385, out/dez 2.016. Disponível em < <https://portalseer.ufba.br/index.php/nit/article/view/17599>>, acesso em 20 de junho de 2.018, e referido pelo acórdão do STJ supramencionado.

²⁶ “O tempo médio de espera para o requerente de uma patente obter um ato decisório do INPI está em 10,23 anos. [...] Para fármacos, são mais de 13 anos” [MAURO SODRÉ MAIA. Backlog de patentes, Revista Facto, Rio de Janeiro, 55ª ed., 2.018, p. 21].

portanto, não é conhecido de antemão pelos agentes econômicos.

Por isso, é incorreta a afirmativa frequentemente repetida pelos detentores de patentes, no sentido de que, na prática, a vigência de proteção conferida pela patente seria significativamente menor do que os 20 anos assegurados pelo caput do art. 40 da LPI. *Não é!* Na realidade dos fatos, o prazo de proteção está se mostrando bastante superior, como atesta publicamente o Diretor Executivo do INPI:

“Hoje, mais de 65% das patentes concedidas são enquadradas na regra do parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279, de 1.996”²⁷.

A situação fática e jurídica é tão grave que merece ser tratada com maiores detalhes.

2.4. Prazo de gozo do privilégio variável; desincentivo a novos investimentos

Por força do parágrafo único do art. 40, o período de exclusividade concedido ao detentor da patente *não é fixo* e dependerá do tempo tomado pelo procedimento administrativo junto ao INPI.

Quanto maior o tempo dispendido na análise pelo órgão, maior a vantagem atribuída à empresa solicitante e maiores os prejuízos à sociedade e aos consumidores, pois mais longo será o período do monopólio. A sociedade fica privada do acesso à inovação e os adquirentes seguirão pagando mais pelos produtos, especialmente no caso de medicamentos.

Como visto acima, um medicamento não é lançado do dia para a noite, ainda mais considerando a complexa regulação do setor. É necessária toda uma preparação para que isso ocorra, que inclui investimentos para viabilizar a futura produção.

O desconhecimento prévio do tempo de duração do privilégio gera um ambiente de incerteza no mercado, fazendo com que os potenciais concorrentes não realizem investimentos imediatos, mas aguardem a finalização da análise pelo INPI para, somente após, aviarem o empreendimento do fármaco. Repitamos à exaustão: agentes econômicos são racionais. Sem saber quando começará a faturar, por que

²⁷ MAURO SODRÉ MAIA, Backlog de patentes, Revista Facto, Rio de Janeiro, 55ª ed., 2.018, p. 21.

uma empresa imobilizará capital, deixando recursos parados à espera do *gran finale* que não sabe quando ocorrerá?

A incerteza sobre quando se poderá iniciar a comercialização do medicamento, trazida pelo parágrafo único do art. 40 da LPI, desestimula os investimentos e prejudica o bem-estar social.

2.5. *Incentivos perversos*

Os efeitos produzidos pelo parágrafo único do art. 40 trazem *incentivo absolutamente perverso para o interesse público*: quanto mais a análise se alongar no INPI, mais vantagens terá a empresa que pleiteia a patente, pois maior será o prazo de seu monopólio. Vincou-se acima que, durante o processo no INPI, há um **monopólio de fato**, porque o requerente do privilégio já está protegido da competição; desta feita, um potencial concorrente não entrará no mercado ciente de que, no momento em que a patente for concedida, deverá pagar indenização, entregando os lucros auferidos nas mãos do rival.

Considerando que o agente econômico racional busca seu autointeresse com avidez²⁸, é compreensível que empresas depositárias do pedido de patente, muitas vezes, tudo fazem para atrasar o andar do procedimento.

A junção da estratégia protelatória e da escassez de recursos da Administração Pública é deletéria para a sociedade, para os adquirentes e para o Estado. Conforme demonstrado pelos estudos mencionados, cada ano de exclusividade significa vultosa transferência de riqueza dos consumidores e do Estado para as empresas detentoras da patente agraciada.

3. A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI

Esclarecidos os fatos e o sistema de incentivos/desincentivos da LPI, podemos analisar a questão central deste texto. É nítido o cenário de *inconstitucionalidade* que cerca o parágrafo único do art. 40 da LPI, por quatro principais motivos:

[1] o primeiro deles é que o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, exige que o privilégio da patente seja *temporário* e, por força do parágrafo único do art. 40, o prazo passa a ser *indeterminado*;

²⁸ Cf. OLIVER WILLIAMSON, *op. cit.*

[ii] o segundo é que o parágrafo único do art. 40 transfere para o particular a responsabilidade por um prejuízo causado pelo Estado;

[iii] o terceiro é que a indevida extensão do privilégio da patente, promovida pelo parágrafo único do art. 40, viola os princípios da livre-concorrência e da livre-iniciativa, afastando-se dos requisitos necessários para a concessão de privilégios firmados pela Constituição Federal; e

[iv] o quarto é que o parágrafo único do art. 40 avilta a tutela dos consumidores, exigida pela Constituição Federal.

3.1. Violação do art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal

No caso brasileiro, ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5º, XXIX, da Constituição Federal. Contudo, para que se dê a concreção desse preceito, a concessão de exclusivos deve ser um *instrumento pró-concorrencial*. Os direitos de propriedade intelectual não são protegidos pelo sistema jurídico para satisfazer os interesses do agente econômico, mas para fomentar as inovações e o desenvolvimento, permitindo que o titular desfrute de uma ferramenta de conquista de mercado, da qual seus competidores não dispõem.

A proteção das criações ocorre para atribuir *incentivo competitivo* às empresas, e não para lhes agraciar com poder ilimitado. Se a humanidade já evoluiu para incorporar a função social ao exercício da propriedade de bens móveis e imóveis, não há razão para excepcionar os direitos de propriedade intelectual desse compromisso.

Nesse prisma, tanto a livre-concorrência como a concessão de direitos de propriedade intelectual colocam-se como elementos de proteção da coletividade, de busca do bem-estar, coarctando a inclinação oportunista e egoísta do agente econômico.

Exatamente porque constituem “garantia de monopólios” e restringem a livre-iniciativa e a concorrência, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como *exceção* a essa que é uma das principais vigas da nossa ordem econômica. Nas palavras do Superior Tribunal de Justiça, a “proteção ordinária conferida ao titular de patentes consiste em privilégio que excepciona a regra geral de nosso ordenamento jurídico, cujo objetivo visa a assegurar a ampla

concorrência e a livre-iniciativa”²⁹. Em uma frase, posta por insígnies professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:

“A regra é a liberdade, o exclusivo industrial ou comercial é a exceção”³⁰.

2. Assim, os exclusivos brotam e vivem nos quadrantes da nossa Constituição; não são fins em si mesmos, mas instrumentos que se prestam aos escopos maiores insculpidos no *caput* do art. 170 e nos arts. 1º, IV e 3º.

Não é por outra razão que o art. 5º, inciso XXIX da Constituição Federal dispõe que “a lei assegurará [...] privilégio *temporário* para [...] proteção às criações industriais [...] *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”.

Assim, dois são os requisitos que devem formatar a regulação e concessão da propriedade industrial no Brasil:

[i] o privilégio há de ser temporário; e

[ii] somente poderá ser concedido se conforme o interesse social e o nosso desenvolvimento tecnológico e econômico.

No contexto constitucional, temporário não significa apenas “não eterno”. Quer dizer *marcado no tempo*. Mais uma vez, a realidade dos fatos precisa ser levada em conta: *não pode ser considerado temporário um privilégio econômico cujo término não é conhecido dos competidores e do mercado*. “Sabe-se que vai acabar, mas não se sabe quando”, em termos concretos, traz os mesmos efeitos do privilégio não-temporário, pois implica a inércia dos concorrentes [agentes econômicos racionais], em prejuízo da sociedade.

Para cumprir sua finalidade, o privilégio não pode ser *excessivo, desarrazoado*, a ponto de prejudicar a sociedade e o desenvolvimento. A proteção patentária concedida por prazo demasiadamente longo sacrifica o interesse social e, portanto, afronta a Constituição.

Diverge-se quanto ao prazo de proteção que seria “adequado”

²⁹ STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.721.711/RJ, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 17 de abril de 2018, p. 11.

³⁰ ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES e outros. A inconstitucionalidade das patentes “pipeline” brasileiras (artigos 230.º e 231.º do Código da Propriedade Industrial de 1996), Revista Eletrônica do IBPI, Edição especial patentes pipeline, 2.009, p. 10. Disponível em: <<https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-edicao-especial-patentes-pipeline>>, acesso em 2 de junho de 2018.

em cada situação, em determinado País³¹. Há, contudo, um forte indicativo: o prazo de *vinte anos*, posto pelo próprio TRIPS. Se seu texto [art. 33] estabelece que o prazo das patentes é de *vinte anos*, pode-se considerar que os ordenamentos jurídicos de seus signatários assumem que, regra geral, períodos de proteção superiores a esse termo não trazem os benefícios esperados da concessão de exclusivos³². O art. 40 da nossa LPI segue exatamente esse prazo de privilégio.

Porém, no caso concreto brasileiro, por força do *backlog* do INPI, a proteção concedida às patentes chega a se estender por mais de trinta anos. Forçoso constatar ser prejudicial ao bem-estar social, além de violar as diretrizes do próprio TRIPS. Uma proteção patentária que exceda em 50% o prazo original, implicando o dispêndio adicional de enormes quantias pela sociedade, a todo sentir não é favorável ao desenvolvimento do País.

3.2. Violação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal

A partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2.004, com a introdução do inciso LXXVII no art. 5º, o cidadão passou a ter direito a um procedimento administrativo com “razoável duração”, bem assim aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Por óbvio, a demora de mais de dez anos para a concessão de uma patente não é uma “duração razoável”, como vem sendo reiteradamente afirmado pela jurisprudência³³. Além disso, esse *backlog*

³¹ Esse número decorre de uma *opção política*, que variará conforme o País e a época. O mais anedótico dos exemplos refere-se ao *copyright* do personagem Mickey, imagem a partir da qual o império Disney foi erigido. São inúmeras as modificações das leis estadunidenses de *copyrights* ao longo da história, para impedir que essa criação caia no domínio público [para a notícia do fato, v. How Mickey Mouse Keeps Changing Copyright Law, *Entrepreneur*, New York, 18 de outubro de 2.017. Disponível em: <<https://mag.orangeni.us.com/how-mickey-mouse-keeps-changing-copyright-law/>>, acesso em 7 de junho de 2.018].

³² A autora deste artigo ressalva sua opinião de que mesmo o prazo de vinte anos estabelecido pelo TRIPS pode mostrar-se excessivo, considerando a atual velocidade do desenvolvimento tecnológico e o ritmo de produção de inovações. Contudo, essa questão não é aqui relevante, pois não se discute o lapso temporal posto no *caput* do art. 40 da LPI.

³³ Acórdãos têm sido proferidos especialmente pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com base em julgado no qual o STJ afirmou que “[n]ão é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, *ex vi*

vai de encontro ao princípio da eficiência que pauta a atuação da Administração, determinada pelo art. 37³⁴.

A *demora excessiva* do procedimento no INPI é de responsabilidade da União, que com ela deve arcar, por força do art. 37, § 6º:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos

dos arts. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 9.784/99” [STJ, Primeira Seção, Mandado de Segurança nº 22.037/DF, com relatoria do Ministro Og Fernandes, julgado em 2 de março de 2.017, citando o acórdão da Terceira Seção, Mandado de Segurança nº 13.584/DF, com relatoria do Ministro Jorge Mussi, julgado em 26 de junho de 2.009].

Como exemplo, v. TRF da 2ª Região, Turma Especializada I, Remessa Ex Offício nº 0136260-56.2016.4.02.5101, voto do Ministro Relator Marcelo Granado, p. 2]. Vale também destacar o julgado TRF da 2ª Região, Turma Especializada I, Apelação cível/Reexame necessário nº 0097520-92.2017.4.02.5101, voto do Ministro Relator Antonio Ivan Athié, proferido em 22 de fevereiro de 2.018, no qual se lê a seguinte passagem: “Com efeito, não se afigura razoável, e tampouco atende aos ditames do art. 5º, LXXVIII, e art. 37, caput, da Constituição Federal, que a Autarquia Impetrada demore mais de uma década para exarar decisão sobre matéria que está inserida em sua competência institucional, afrontando, com isso, manifesto direito da impetrante de ter seu pleito solucionado”. [p. 2].

O entendimento do Ministério Público segue a mesma linha:

“7. Como bem explicitado pela Procuradoria da República no Rio de Janeiro (fl. 534), o pedido de patente em apreço foi protocolizado em 2003, sendo que, até a impetração do presente mandamus, aproximadamente 13 anos se passaram sem a sua devida análise.

8. É notório que a Carta Magna impôs ao administrador a gestão pública eficiente, pautada na razoável duração dos processos. Desse modo, não se faz necessário grande esforço para se concluir pela inobservância das máximas principiológicas em referência quando se tem em mente o tempo compreendido entre a apresentação do pedido de patente e a impetração deste writ.

9. Ademais, vale ressaltar que a autoridade coautora atuou contrariamente aos ditames da Lei nº 9.784/1999, a qual estabelece expressamente o prazo máximo de trinta dias, prorrogáveis uma vez por igual período, para prolação de decisão em procedimento administrativo (artigo 49)”. [parecer do Ministério Público Federal no Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 0136260-56.2016.4.02.5101, 2ª Turma Especializada, TRF da 2ª Região].

³⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O fato é que o parágrafo único do art. 40 da LPI institui um mecanismo que transfere os prejuízos econômicos [danos] decorrentes da demora da análise do INPI do Estado para os adquirentes dos produtos.

Marcou-se acima que, ainda mais no caso dos fármacos, as patentes protegem seus titulares da concorrência ao instituírem monopólio sobre determinada tecnologia. Se não há competição, elevam-se os preços.

Por conta do *backlog*, o prolongamento do prazo da patente faz com que o adquirente dos produtos pague por esse *plus*, por esse lucro anormal, bastante superior àquele que seria auferido em um mercado competitivo. Assim, o adquirente do produto assume o ônus pelo atraso do Estado na análise do pedido de patente, em franca violação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

3.3. Violação dos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência [art. 1º e 170, caput e inciso IV da Constituição Federal]

O privilégio patentário concedido por prazo desconhecido, viabilizado pelo parágrafo único do art. 40, viola os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência.

A livre-iniciativa é um dos fundamentos da República e da ordem econômica [cf. art. 1º e 170, *caput*, da Constituição Federal]. Ela vem tradicionalmente identificada com a “liberdade de comércio e de indústria”, “liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”³⁵, e garante aos agentes econômicos *ingresso ao mercado, à arena de disputas*. A existência de adequado fluxo de trocas, de encontro entre oferta e demanda, depende da possibilidade de os indivíduos atuarem no mercado.

O papel central do princípio da livre-iniciativa na economia capitalista é *garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer*³⁶, *assegurando o acesso à*

³⁵ EROS ROBERTO GRAU. A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.008, p. 203.

³⁶ Na dicção de FÁBIO KONDER COMPARATO: “Liberdade de iniciativa comporta um duplo sentido: [...] Garante-se, de um lado, a livre criação ou fundação de empresas, ou seja, a *liberdade de acesso ao mercado* (art. 170, parágrafo único). [...]

contratação. Está visceralmente atado à liberdade de iniciativa econômica e à *liberdade de empresa*, que, por sua vez, significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la *sponte propria*³⁷.

Um contraponto histórico faz-se útil para compreensão dessa relação entre liberdade de iniciativa e legalidade. Na Idade Média, o acesso ao mercado era minuciosamente regulado pelos estatutos das corporações de ofício, que impunham o monopólio da fabricação e da comercialização, regras de conduta e de polícia que neutralizavam a concorrência entre seus membros e, via de consequência, coíbiavam a possibilidade de captação da clientela alheia.

Com a ascensão da burguesia, mostrou-se necessário ampliar os horizontes dos negócios e, assim, *aumentar as oportunidades econômicas*. Explica-se a série de leis francesas que ceifaram as amarras medievais³⁸. A liberdade de iniciativa corporifica o ideal de desaparecimento dos ligames das corporações medievais, abrindo espaço para o sistema de mercado que começava a se impor.

Mas não apenas; historicamente, a busca pela liberdade de iniciativa significa também a *revolta contra os privilégios* tradicionalmente concedidos ou gozados pelo monarca. Liberdade de iniciativa evoca *o aumento do espaço de atuação privada em face dos favorecimentos concedidos a apenas alguns agentes*³⁹.

Mas protege-se, de outro lado, a livre atuação das empresas já criadas, isto é, a liberdade de atuação e permanência no mercado” [Regime constitucional do controle de preços no mercado, Revista de Direito Público, Londrina, n. 24, 1.991, p. 18-19].

³⁷ NATALINO IRTI, Diritto e mercato, in: AAVV, Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato, Bari: Laterza, 1.999, xvii.

³⁸ O princípio da liberdade de iniciativa econômica é originalmente posto no édito de Turgot, de 1776, e reafirmado plenamente no decreto d’Allarde, de 1.791. A partir de 1º de abril daquele ano, “seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a se munir previamente de uma ‘patente’ [imposto direto], a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis”. No mesmo 1.791, a Lei Le Chapelier reiterou essa diretriz, ao proibir as corporações de ofício.

³⁹ Uma das primeiras contestações de privilégios de que se tem notícia é relatada no conhecido *Case of Monopolies*, julgado na Inglaterra no ano de 1.603. A rainha havia atribuído a Edward Darcy o monopólio da importação e da fabricação de cartas de jogo. Esse poder real de concessão de privilégios é contestado, alegando-se que a outorga de monopólios empobrecia o país, pois eles levavam ao aumento de preço, à diminuição da qualidade e do nível de atividade econômica da população

Assim, desde a sua origem, a livre-iniciativa está ligada à *liberdade de atuação e ao repúdio de privilégios*, da proteção de alguns, em detrimento de outros. Sem empreendedorismo não há desenvolvimento. Sem livre-iniciativa não há empreendedorismo.

3. Já o princípio da livre-concorrência desdobra-se a partir daquele da livre-iniciativa. Vem posto como um pilar da nossa ordem econômica constitucional, no art. 170:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Nossa Constituição enxerga a concorrência como um fator de produção de *externalidades positivas*, capaz de colaborar para o

em geral. No início do século XVII, o Parlamento inglês, visando a minar o poder do soberano, invoca argumentos calcados no princípio da liberdade de iniciativa: a concessão de privilégios para exploração exclusiva não deveria ser tolerada porque avilta o bom fluxo de relações econômicas, prejudica a população, eleva os preços, diminui a qualidade e impede o desenvolvimento de atividade econômica por terceiros. Após outras decisões no mesmo sentido, em 1.610, é promulgado o *Statute of Monopolies*, disciplinando e reduzindo as hipóteses de concessão de privilégios pelo monarca. Sobre o Statute of monopolies e outras decisões contestando o poder real de concessão de monopólios, v. HAROLD FOX, *Monopolies and patents: A study of the history and the future of the patent monopoly*, Toronto: The University of Toronto Press, 1.947. p. 113 e s.

funcionamento do sistema econômico, diminuindo preços e aumentando a qualidade do produto ou do serviço oferecido aos consumidores⁴⁰.

Tem-se, aí, um dos mais fortes pilares da ordem econômica constitucional [art. 170, *caput* e inciso IV]: para o bem da coletividade, os agentes econômicos devem disputar/concorrer.

Mostrou-se que, no mais das vezes, a patente implica restrição da competição, pois ao seu titular é assegurado valioso monopólio. Por outro lado, o estímulo financeiro às patentes pode fomentar a inovação e trazer desenvolvimento.

Uma patente outorgada por prazo excessivo, ainda mais no caso dos fármacos de alto custo, faz minguar a competição, esteriliza a atividade de outras empresas que poderiam empreender no mercado, gerar lucros, riquezas e desenvolvimento e salvar vidas.

Por força do parágrafo único do art. 40 da LPI, a patente pode alcançar prazo de proteção além de trinta anos. Não é de se espantar que seus detentores defendam essa extensão com unhas e dentes, pois cada ano adicional em que são presenteados pelo aniquilamento da competição significa milhões de reais em seus ganhos.

Novamente trazendo o parâmetro determinado pelo próprio acordo TRIPS e pelo *caput* do art. 40 da LPI, há de se reconhecer que trinta anos [50% a mais do que o prazo original] castram tanto a livre-concorrência quanto a livre-iniciativa, em prejuízo do desenvolvimento da nação.

3.4. Violação do art. 170, inciso V, da Constituição Federal [proteção aos consumidores]

Outro importante princípio que organiza nossa ordem econômica constitucional – e, conseqüentemente, todo o sistema jurídico – é o da proteção ao consumidor, posto pelo art. 170, inciso V, da

⁴⁰ Na lição de FRIEDRICH A. HAYEK: “A concorrência, quando não obstada, tende a ocasionar um estado de coisas em que: *primeiro*, alguém produzirá tudo o que for capaz de produzir e vender lucrativamente a um preço em que os compradores preferirão seu produto às alternativas existentes; *segundo*, tudo que se produz é produzido por alguém capaz de fazê-lo pelo menos a um preço tão baixo quanto o de quaisquer outras pessoas que na realidade não o estão produzindo; e, *terceiro*, tudo será vendido a preços mais baixos, ou pelo menos tão baixos quanto aqueles a que poderia ser vendido por qualquer pessoa que de fato não o faz” [*Direito, legislação e liberdade*, São Paulo: Visão, 1.985, v. III, p. 78].

Constituição Federal.

A remuneração a maior do titular da patente é paga pelo comprador dos produtos protegidos, ou seja, pelos consumidores e pelo Estado. Queira-se admitir ou não, há um *sobrepreço* imposto pelo monopólio e o consumidor/Estado é obrigado a pagar por ele. Em linguagem econômica há uma *transferência de riqueza* do consumidor/Estado [sociedade] para os titulares das patentes.

A extensão do prazo da proteção operada pelo parágrafo único do art. 40 da LPI sujeita o consumidor/Estado ao pagamento de preços muito superiores aos que aconteceriam se houvesse concorrência. Abriga os detentores das patentes da competição, mantendo os competidores fora do mercado por prazo que pode ultrapassar os trinta anos.

Não há como entender que essa proteção excessiva e exagerada, que impede a entrada no mercado de novos *players* muito além do período determinado pelo TRIPS, atenda ao ditame constitucional da proteção ao consumidor.

4. A impossibilidade de prorrogação do prazo da patente em virtude do comportamento de seu futuro titular

Vige, entre nós, diretriz jurídica no sentido de que a ninguém pode aproveitar a própria torpeza. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ensina o velho brocardo.

Em nosso ordenamento, a regra deriva de dois importantes comandos: a vedação ao abuso de direito e a coibição de comportamentos eivados pela má-fé⁴¹.

Como se sabe, muitas vezes, o prazo das patentes é estendido não apenas em decorrência do *backlog*, do acúmulo de trabalho no INPI, mas por atos protelatórios praticados pelo próprio requerente da patente. Isso não é de se estranhar. Como posto acima, o parágrafo único do art. 40 dá lugar a *incentivos perversos* que fomentam tal conduta. Quanto mais o agente demorar para cumprir formalidades e praticar atos necessários ao bom andamento do processo, mais dias gozará de

⁴¹ Para as discussões em torno do tema, superadas pela consolidação da doutrina do abuso de direito, v. GEORGES RIPERT, *A regra moral nas obrigações civís*, tradução da 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1.937, 188 e s. A evolução histórica da cláusula é traçada por FRITZ STURM, *Aperçu sur l'origine du brocard Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Dijon: Faculté de droit et de Science politique de Dijon, 1.971.

proteção.

Essa estratégia permite àquele que pleiteia a patente beneficiar-se da própria torpeza e, portanto, não pode ser amparada por nosso ordenamento jurídico. A todo sentir, tem-se no caso a incidência do artigo 187 do Código Civil, tornando essa conduta ilícita. *In verbis*:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

5. Conclusão

O parágrafo único do art. 40 da LPI é manifestamente inconstitucional, porquanto viola os seguintes dispositivos da nossa Carta Magna:

[i] *art. 5º, inciso XXIX*, porque [i.1] produz efeitos em tudo diversos à proteção temporária e [i.2] não atende aos requisitos impostos para a concessão do privilégio, quais sejam, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

[ii] *art. 37, § 6º*, porque transfere para o particular a responsabilidade por indenização que caberia ao Estado;

[iii] *art. 1º e 170, caput e inciso IV*, porque viola os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência; e

[iv] *art. 170, inciso V*, porque prejudica os consumidores brasileiros.

De qualquer forma, seu prazo não poderia ser prorrogado se o atraso no processo de análise no INPI for causado pelo próprio titular da patente. O art. 187 do Código Civil veda o abuso de direito e, conseqüentemente, que o agente se aproveite da própria torpeza.

6. A (ANTI)COMPETITIVIDADE NOS MERCADOS DIGITAIS E O DIREITO ANTITRUSTE

6. THE (ANTI)COMPETITIVENESS IN DIGITAL MARKETS AND THE ANTITRUST LAW

Gabriela Moreira Cicillini

Resumo: A Era Digital transformou estruturalmente a economia, alterando, por conseguinte, o modo como seus agentes operam. Fundada em plataformas multifacetadas, as quais geram efeitos de rede e podem oferecer produtos e serviços a preço zero, a Economia Digital é composta por mercados complexos e únicos que destoam do tradicional, principalmente quanto a concorrência. Assim, a partir de pesquisas bibliográficas, este artigo visa expor se as particularidades do setor digital ensejam a anticompetitividade e como o direito antitruste se comporta, ou deveria se comportar, neste contexto.

Palavras-chave: Mercados Digitais; Direito Antitruste; Práticas Anticompetitivas; Concentração de Mercado.

Abstract: The Digital Age has structurally changed the economy, modifying, consequently, the way that its agents act. Based on multifaced platforms, which produce network effects and can offer zero price products and services, the Digital Economy is composed of complex and unique markets that differ from traditional ones, especially in terms of competition. Thus, using bibliographical research, this article aims to analyze whether the particularities of the digital sector give rise to anticompetitive matters and how the antitrust law behaves, or should behave, in this context.

Key words: Digital Markets; Antitrust Law; Anticompetitive Practices; Market Concentration.

1. Introdução

Transformações tecnológicas estimulam a criação de novos mercados. Assim ocorreu com a propagação da internet. Com esta nova tecnologia inserida no cotidiano social, o modo de relacionar dos indivíduos foram se modificando e, conseqüentemente, surgiram novos meios de comunicação e de interação, formando mercados complexos e únicos, dotados de particularidades, as quais os seres humanos ainda estão tentando compreender.

Dentre as principais características dos mercados digitais, destacam-se três: (i) multilateralidade das plataformas; (ii) os efeitos de rede; e (iii) os mercados a preço zero. Estes aspectos incidem principalmente sob a competitividade e a concorrência entre as empresas digitais, gerando desafios à aplicação tradicional do direito antitruste.

Desse modo, o intuito desse artigo é analisar se as peculiaridades dos mercados digitais ensejam a concentração mercadológica e a prática de condutas anticompetitivas, além de apresentar como o direito antitruste se comporta, ou deveria se comportar, neste contexto.

Para isso, a primeira seção aborda brevemente o desenvolvimento da internet e o surgimento dos mercados digitais. A segunda seção apresenta as principais particularidades destes mercados, citadas acima. Após essa abordagem explicativa, a terceira seção tem o objetivo de avaliar se existe ou como se daria, previamente, os estímulos a efeitos anticompetitivos no mercado. A quarta seção, por sua vez, apresenta a aplicação do direito antitruste para solucionar eventuais condutas abusivas ou anticompetitivas nos mercados digitais, dando-se ênfase ao tradicional Teste do Monopolista Hipotético. Por fim, o presente artigo conclui que algumas características do setor digital ensejam efeitos anticompetitivos e que o direito concorrencial não é capaz de analisar devidamente estes casos.

2. A internet e o surgimento dos mercados digitais

A partir da década de 90, ferramentas fundadas nas tecnologias de informação se disseminaram, impulsionando a denominada Era Digital. É nesse contexto que a internet se estabelece como um meio

público de comunicação, proporcionando que seus usuários acessem diversos serviços baseados em software⁴².

Nos anos 2000, dispositivos móveis foram desenvolvidos, viabilizando a inserção do mundo virtual no cotidiano da sociedade⁴³. Assim, ao passo que o desenvolvimento da internet culminou no surgimento de um “mundo *online*” no que tange o comércio e a comunidade, a criação dos dispositivos móveis fez com que este mundo se infiltrasse no dia a dia das pessoas, independentemente de sua localização física⁴⁴.

Em 2010, a internet já se estabelecia como uma rede universal capaz de abarcar todos os modelos de dados, se assentando como a sucessora das indústrias da informação construídas no século XX⁴⁵, como expõe Tim Wu:

Pois embora as origens sejam distintas, em 2010 a Internet havia se tornado uma rede universal para todos os tipos de dados: ligações telefônicas, vídeo, televisão, dados, um substituto para todas as indústrias de informação do século XX. Em termos tecnológicos, isso era produto do seu próprio projeto: a internet fora concebida para ser indiferente a natureza do conteúdo que transportava⁴⁶.

A consolidação da internet no cotidiano da sociedade revolucionou as formas de interação tanto social, quanto política e econômica. O impacto da internet na vida das pessoas alterou o mecanismo de funcionamento dos mercados, já que essa nova realidade facilita sua operação, reduz seus custos de organização e possibilita o

⁴²EVANS, David S. *Antitrust issues raised by the emerging global internet economy*. Northwestern University Law review, vol.102, n.4, 2008, p.3. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279686. Acesso em: 10 mar.2021.

⁴³SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na Internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular do poder econômico*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p.56.

⁴⁴ EVANS David S; MARISCAL, Elisa V. *Market definition analysis in Latin America with applications to Internet-based industries*. 2013, p.19. Disponível em: <file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/SSRN-id2285400.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁴⁵WU, Tim. *Impérios da comunicação: do telefone à internet, a AT&T ao Google*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012, p.127.

⁴⁶Ibidem, p. 127.

envolvimento de milhões de produtos e consumidores⁴⁷. Tamanho é o impacto da internet que a literatura econômica já a identifica como uma GTP, ou seja, uma *general purpose technology* (tecnologia de aplicação geral). Assim como o vapor, a eletricidade e a combustão interna, a internet afetou toda a economia, transformando tanto a vida doméstica como a empresarial⁴⁸.

A partir desse conjunto de avanços surgiu a Economia Digital, que é, basicamente, o resultado das modificações mercadológicas, provocadas pelas novas tecnologias de informação. Consequentemente despontaram as empresas digitais, as quais, por meio da inovação de produtos e serviços, vêm transformando o funcionamento de diversos setores. Este é o caso, por exemplo, do modo atual de trabalho, de estudo, de compra, de comunicação, de viagem, enfim, até mesmo a forma como as pessoas se relacionam foi significativamente impactada e alterada pela era virtual.

Em resumo, a popularização da Web resultou no desenvolvimento de plataformas, as quais modificaram a realidade da sociedade, como as plataformas de transações, que conectam vendedores e compradores possibilitando que estes transacionem a um custo bem mais baixo, e as redes sociais, que se voltam para a interação e comunicação entre indivíduos⁴⁹. Atualmente, essas plataformas digitais movimentam mais de 4 trilhões de dólares em capitalização de mercado.

Desse modo, dado que a disseminação dos mercados digitais afetou consideravelmente a forma organizacional da economia global, a economia digital torna-se um desafio na esfera jurídica, pois o direito precisa se adaptar e criar regras às mudanças tecnológicas sem, ao mesmo tempo, desestimular seu desenvolvimento.

Tendo em vista que este desafio se eleva no âmbito concorrencial, nas próximas seções serão debatidas as particularidades

⁴⁷LEVIN, Jonathan D. *The economics of internet markets*. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, n°16852, 2011, p.1. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w16852/w16852.pdf . Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁸BECKER, Bruno Bastos; MATTIUZZO, Marcela. Plataformas Digitais e a Superação do Antitruste Tradicional: Mapeamento do Debate Atual. In: NETO, Caio Mário da Silva Pereira. *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p.40.

⁴⁹EVANS, op. cit, p.7.

dos mercados digitais, se existe uma tendência a efeitos anticompetitivos e como o direito antitruste se porta, ou deveria se portar, neste contexto.

3. As particularidades dos mercados digitais

A primeira característica da nova Era Digital é a denominada plataforma de múltiplos lados, ou *multi-sided platforms*, que se caracteriza por facilitar a interação entre grupos distintos de usuários que dependem um do outro para a satisfação de seus interesses. Ela atua, portanto, como um catalizador ou um intermediário, obtendo seu lucro na exploração de seus diferentes componentes. Sobre o tema, pontua David Evans e Richard Schmalensee:

A plataforma de múltiplos lados (a qual eles chamam de catalizador econômico) possui (a) dois ou mais grupos de consumidores; (b) os quais precisam um do outro de alguma forma; (c) mas não conseguem capturar o valor de sua atração mútua por conta própria; e (d) contam com o catalizador para facilitar as interações de criação de valor entre eles.⁵⁰

Então, as plataformas de múltiplos lados, ao intermediar relações antes improváveis, são consideradas como um meio que gera um valor que *a priori* não existia, ou então, que era ínfimo na sua ausência⁵¹. Logo, estas plataformas solucionam a problemática dos custos de transação, que antes dificultavam ou impossibilitavam o encontro de grupos distintos para a realização de determinado negócio⁵². Sendo assim, para que funcionem, é imprescindível que contenham diferentes usuários simultaneamente, afinal, consumidores do Lado X não vão interagir na rede sem os consumidores do Lado Y e vice-versa⁵³. Nesse sentido, elucida Evans e Schmalensee:

⁵⁰EVANS, David S; SCHMALENSSEE, Richard. *The antitrust analysis of multi-sided platforms businesses*. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, n.18783. 2013, p.8. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021. *Tradução livre*.

⁵¹BAPTISTA, Anna Carolina Barros. Mercados digitais: características e seus impactos na análise da defesa da concorrência – casos Facebook/Whatsapp. Monografia de Bacharelado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p.21-22.

⁵²EVANS; SCHMALENSSEE, op. cit, p.2.

⁵³EVANS, op cit, p.9

Plataformas de múltiplos lados solucionam o problema de custo de transação que dificulta ou impossibilita que agentes diferentes grupos se reúnam. [...] Uma plataforma de múltiplos lados cria valor coordenando os diversos grupos de agentes e, em especial, assegurando que haja agentes suficientes de cada grupo para que a participação de todos os lados valha a pena⁵⁴.

A segunda característica refere-se aos efeitos de rede ou externalidades que são o aspecto chave das plataformas de múltiplos lados. Em suma, esses efeitos se referem a ampliação da participação do usuário em determinada rede conforme o aumento do número de seus membros, ou seja, à medida que mais pessoas aderem à plataforma, maior é a participação de seus usuários dentro dela⁵⁵.

As externalidades, portanto, consistem na valorização de determinado bem ao passo que seu número de usuários se multiplica, assim, quanto maior for a comunidade da rede, mais atrativa ela será, tornando-se mais difícil sua substituição⁵⁶. Como o valor e a atratividade de determinada plataforma corresponde proporcionalmente ao seu tamanho, nos mercados digitais tem-se um *feedback* de demanda, isto é, uma grande demanda pela plataforma gera ainda mais demanda⁵⁷.

Por exemplo, um site de compras com um maior número de consumidores tende a ser mais atraente do que aqueles com menos usuários, já que possui, comparativamente, mais produtos, serviços e revisões disponíveis, do mesmo modo que uma ferramenta de busca amplamente utilizada apresenta uma maior confiabilidade para o consumidor, pois os resultados alcançados possibilitam compilar uma quantidade de resultados que revelam o comportamento padrão esperado por outros usuários⁵⁸. Logo, nos mercados digitais o consumidor opta pela rede em virtude da quantidade de usuários e da possibilidade de

⁵⁴EVANS; SCHMALENSEE, op. cit, p.2-3, *tradução livre*.

⁵⁵SAITO, op. cit, p.64.

⁵⁶Ibidem, p.65.

⁵⁷RENZETTI, Bruno Polônio; BUENO; Carolina Destailleur G. B; PAIXÃO, Raíssa leite. Mercados digitais: alguns conceitos. In: NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Defesa da concorrência em plataformas digitais. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p.23.

⁵⁸SHELANSKI, Howard A. *Information, innovation and competition policy for the internet*. University of Pennsylvania Law Review, vol.161. 2013, p.1682. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol161/iss6/6. Acesso em: 11 mar. 2021.

conexão com estes, portanto, o consumo não se funda exclusivamente em fatores como preço e qualidade.

As externalidades são divididas pela doutrina entre diretas e indiretas: as diretas consistem na valorização do produto devido ao aumento no número de seus consumidores e as indiretas referem-se à valorização de produtos complementares por conta do aumento do uso de determinado produto⁵⁹.

No mais, os efeitos indiretos de rede se subdividem em: (i) “*usage externalitie*”, que ocorre quando dois agentes econômicos precisam agir juntos, utilizando a plataforma para criar um valor; e (ii) “*membership externalitie*”, que se verifica quando o número de agentes de um lado cresce em decorrência do aumento da participação dos membros no outro lado⁶⁰, o que resulta em um *feedback loop* positivo, que é um modo de auto-alimentação da rede.

Por fim, por conta dessas externalidades ou efeitos de rede, é comum não cobrar do usuário o acesso às plataformas digitais. Trata-se da terceira particularidade, o denominado mercado de preço zero, ou “*zero price market*”. É o caso do serviço de busca do Google, em que, ao utilizá-lo gratuitamente, o usuário permite que seus interesses sejam exibidos em forma de anúncios personalizados⁶¹, portanto, as informações pessoais do usuário é o produto oferecido pelo serviço, é o que gera lucro para a plataforma.

Há diversas estratégias relacionadas a obtenção de lucro a partir do oferecimento de um produto ou serviço a preço zero, dentre elas, destacam-se três: (i) a oferta de produtos complementares, como por exemplo, Windows/Internet Explorer e iTunes/iTunes Store; (ii) a cobrança de uma das partes do mercado multilateral, por exemplo, o acesso a plataforma *Facebook* é gratuito, porém os anunciantes devem pagar para terem seus anúncios difundidos; e (iii) a oferta de produtos *freemium*, isto é, há uma versão básica do produto a um preço zero e uma versão aprimorada, completa, a um preço positivo⁶², como ocorre, por exemplo, com a plataforma *spotify*. Ademais, frisa-se que a disponibilização de bens e serviços a preço zero podem ser uma

⁵⁹DIAS, João de Azevedo. A problemática dos efeitos de rede e de aprisionamento no contexto do abuso de posição dominante europeia. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2018, p.17.

⁶⁰EVANS; SCHMALENSSEE, *op. cit*, p. 8.

⁶¹SAITO, *op. cit*, p. 114.

⁶²NETO, *op. cit*, p. 29.

estratégia para aumentar o número de usuários da plataforma, elevando, conseqüentemente, seus efeitos de rede.

Nesse sentido, é equivocado considerar os mercados a preço zero como alheios a economia e intolerantes a abusos. Primeiro porque tais plataformas podem lucrar monetariamente, como por meio dos anunciantes que pagam para promover determinado produto ou serviço dentro da rede. Segundo, porque há custos não monetários para o consumidor, o que ocorre, por exemplo, quando se exige a autorização ao acesso dos dados pessoais do consumidor para que este adquira o serviço ou produto. Então, mesmo que o preço tenha um papel secundário nestes mercados, podem ocorrer abusos, devendo existir uma atenção do direito da concorrência.

A rede, muitas vezes, consegue um lucro maior não cobrando o acesso à plataforma, além de atrair mais usuários, o que possibilita efeitos de escala. Os próprios efeitos de rede tendem a beneficiar o domínio de poucos ou de apenas um único *player*, tornando um dos maiores desafios do direito concorrencial o refinamento dos conceitos e mecanismos já existentes para que abarquem o mercado digital.

O setor digital, por ser caracterizado por plataformas de múltiplos lados, pelos efeitos de rede, pelos mercados de preço zero e por inovar rapidamente, se diferencia dos mercados tradicionais, principalmente no que se refere a concorrência. Por conseguinte, surgem diversas dúvidas quanto a aplicabilidade da doutrina antitruste tradicional e quanto a essas práticas características dos mercados digitais. Visando responder a estes questionamentos, as próximas sessões apresentam as implicações concorrenciais decorrentes das particularidades do setor digital e a aplicação do direito antitruste neste âmbito.

4. A (anti)competitividade no setor digital

Sob o viés tradicional, a competitividade se pauta fundamentalmente na definição de quantidades e preços⁶³. As análises antitruste do século XX foram elaboradas a partir de uma economia fundada na produção de recursos naturais e de bens manufaturados, em que os produtos se encontravam sujeitos a produção em larga escala e se caracterizavam por sua homogeneidade, sendo as barreiras à entrada, essencialmente, o capital e o tempo.

⁶³SAITO, *op. cit.*, p. 111

Tal inferência não se aplica totalmente nos mercados digitais, pois estes detêm particularidades que os diferenciam, exigindo, portanto, uma análise distinta. Como já citado anteriormente, as principais características que distinguem o setor digital dos mercados tradicionais são: sua condução por meio de plataformas de múltiplos lados, a produção de efeitos de rede e os mercados de preço zero. Mas, ressalva-se que também é possível citar outros aspectos como a possibilidade de gerar economias de escala, a existência de economias de escopo⁶⁴, os baixos custos marginais e o escopo global⁶⁵.

Nesse sentido, aponta o *Stigler Committee on Digital Platforms*, relatório realizado pelo Reino Unido, que as poucas empresas que lideram setores do mercado digital são capazes de (i) controlar o acesso à serviços, (ii) cobrar taxas elevadas, (iii) adulterar rankings e (iii) controlar reputações⁶⁶. Assim, quando uma plataforma digital se torna monopolista, se estabelece um sério problema concorrencial, pois ao restringir o acesso a plataforma, conseqüentemente restringe-se o acesso a uma gama de produtos e serviços muito maior⁶⁷, é o denominado *Bottleneck Power*. Sobre fenômeno, explica Howard Shelanski:

Não obstante o fabricante do dispositivo tenha que operar em um mercado de dois lados e estabelecer preços que atraiam ambos os usuários e os provedores de aplicativos complementares, ele pode usar de seu domínio para lucrar com os dois lados – lucros que podem crescer com o número de usuários e de provedores de aplicativo. Simplificando, um bottleneck em tudo pode potencialmente ter uma parte e exercer algum controle sobre. Enquanto um típico

⁶⁴Sobre as economias de escala e escopo, define o relatório canadense *Abuse of dominance: enforcement guidelines*: “as economias de escala ocorrem quando o custo médio de produção de determinado produto diminui quanto mais ele é produzido, enquanto as economias de escopo ocorrem quando os custos médios de produção de um produto diminuem com a produção de outros produtos” (COMPETITION BUREAU CANADA. *Abuse of dominance: enforcement guidelines*. Canada, 2019, p.14. Disponível em: [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-ADEG-Eng.pdf/\\$file/CB-ADEG-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-ADEG-Eng.pdf/$file/CB-ADEG-Eng.pdf). Acesso em: 15 jul.2021, tradução livre).

⁶⁵LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Documento de Trabalho n°005/2020. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Departamento de Estudos Econômicos. Brasília, 2020, p.17.

⁶⁶ Ibidem, p.17.

⁶⁷SHELANSKI, op. cit, p. 1676.

monopolista controla seus próprios produtos e serviços, um típico bottleneck monopolista tanto controla o acesso aos seus próprios produtos quanto pode afetar o acesso a uma quantidade de outros produtos e serviços. Assim, um monopolista de plataforma digital controla seu próprio produto ou serviço, bem como o acesso a um universo muito mais amplo de produtos e serviços; afeta as decisões de um universo muito mais amplo de usuários.⁶⁸

Atualmente, portanto, é de suma importância entender como e porque podem surgir efeitos anticompetitivos no mercado digital, para que assim seja possível estabelecer regras, métodos e ferramentas que previnam tais condutas abusivas.

4.1. Mercados a preço zero

As plataformas digitais oferecem diversos produtos serviços a um preço zero, constituindo um mercado cuja variável preço tem um papel secundário. Além disso, embora se ofereça bens e serviços a um preço zero, é um setor que sofre os efeitos de rede, sendo assim, por mais que o preço, ou melhor, o não preço, favoreça o consumidor, não é possível descartar eventuais desvantagens concorrenciais decorrentes da própria estrutura do referido mercado.

A partir da interpretação concorrencial neoclássica⁶⁹, que se pauta no preço, entende-se que produtos ou serviços sem um preço não seriam capazes de incidir prejudicialmente sobre o bem-estar social, afinal, se o usuário não paga um valor monetário, consequentemente, não recai sobre ele uma cobrança de preços de monopólio. Isso posto, a partir do viés tradicional, a rigor, não haveria razão para a aplicação do direito concorrencial nos mercados de preço zero⁷⁰. Seguindo essa lógica, utilizando o Google como exemplo, entendem Robert Bork e Gregory Sidak:

⁶⁸Ibidem, p.1676, *tradução livre*.

⁶⁹O direito antitruste moderno é firmemente baseado na economia neoclássica, a qual se centra na teoria do preço. Concentrados na teoria do preço, notáveis teóricos do antitruste têm insistido que sem preços não pode haver mercados e, consequentemente, não há poder de mercado. (NEWMAN, John M. *Antitrust in zero-price markets: foundations*. University of Pennsylvania Law Review. 2015, p.149, *tradução livre*)”.

⁷⁰SAITO, op. cit, p.112.

Com os consumidores pagando um preço zero, não há riscos do Google utilizar seu poder de monopólio quanto aos serviços de busca para cobrar um preço mais elevado dos consumidores em pesquisas especializadas. Ambos são gratuitos para os consumidores.⁷¹

No entanto, fato é que, para oferecer um produto ou serviço a preço zero no longo prazo, a empresa deve extrair seus lucros de alguma outra forma, que não envolva o referido bem. Como bem aponta o relatório realizado pelo *Stigler Committee on Digital Platforms*, o “preço zero” não é uma zona especial em que a economia ou a concorrência não se aplicam, na realidade, o ofertante apenas opta por trocar determinado produto ou serviço por condições e deveres não monetários⁷², os quais, muitas vezes, referem-se à autorização do consumidor à coleta e o compartilhamento de seus dados individuais.

Pagar um preço zero não é necessariamente a mesma coisa que obter algo de graça. Isso porque dinheiro é às vezes somente um dos valores que os compradores e vendedores trocam. Quando um consumidor acessa sites “gratuitos” como o www.yahoo.com, o site frequentemente insere cookies dentro da máquina do consumidor e extrai informações que ajudam o site a garantir preços mais altos para anúncios ou fornece dados que o site pode vender. Os consumidores não pagam para ouvir o rádio, mas a eles incorrem um custo, de talvez, ouvir as propagandas.⁷³

Diversos relatórios decorrentes de uma análise do setor digital chegaram a essa conclusão. Além do já citado *Stigler Committee on Digital Platforms*, vale mencionar o *Unlocking Digital Competition*:

⁷¹BORK, 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, Volume 8, Issue 4. 2012, p.113, *tradução livre*. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcle/article/8/4/663/804104?login=true>. Acesso em: 15 jul.2021.

⁷² STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report. United Kingdom*, 2019, p.30. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁷³EVANS, David S. *The antitrust economics of free*. Competition Policy International. 2011, p.2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1813193>. Acesso em: 25 mar. 2021. *Tradução livre*.

Report of the Digital Competition Expert Panel também realizado pelo Reino Unido e o *Competition Policy for the Digital Era* realizado pela União Europeia⁷⁴. Desse modo, é evidente a existência de custos de transação quando o consumidor opta por consumir produtos ou serviços a um preço zero. Em linhas gerais, de acordo com Leandro Saito, os custos que mais se destacam são:

[...] (i) o rastreamento do comportamento do consumidor; (ii) a necessidade do consumidor monitorar as atividades das firmas; (iii) o lock-in decorrente dos custos de mudanças (switching costs⁷⁵); (iv) inseguranças geradas pela possibilidade de fraudes e vazamento destas informações pessoais; e (v) os custos de cancelamento⁷⁶.

A partir desse panorama, é de extrema valia destacar que os consumidores do mercado digital, em sua maioria, não conseguem mensurar os impactos de suas ações dentro da plataforma, isto é, não são capazes de analisar efetivamente os custos e os benefícios decorrentes do consumo da plataforma de múltiplos lados, afinal, a grande maioria dos usuários não leem ou sequer entendem os termos de uso ou as informações compiladas em troca⁷⁷, portanto, não há uma real compreensão destes custos de transação, isto é, o “preço” a se arcar quando se adquire um bem ou serviço a preço zero. O relatório *Unlocking Digital Competition* supramencionado aponta que ao consumidor não é contada a história toda, principalmente quanto a quantidade de dados que

⁷⁴Conforme o relatório: “é claro, o fato da plataforma fornecer um bem ou serviço a preço zero a alguns consumidores não significa que ela não está se beneficiando pelo fornecimento desse bem, por exemplo, por meio da coleta de dados ou da exibição de publicidade e, portanto, da monetização da atenção do consumidor” (EUROPEAN COMMISSION. *Competition policy for the digital era*. 2019, p.22. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021. Tradução livre.)

⁷⁵*Switching costs* correspondem ao conjunto de custos que o consumidor tem que arcar quando decide mudar de fornecedor. Custos estes que não necessariamente são monetários, por exemplo, o tempo utilizado pelo consumidor para a efetivação da mudança é um *switching cost*. Assim, o consumidor tende a permanecer na plataforma para não ter que arcar com tais custos, por isso afirma-se que os *switching costs* resultam no *lock-in* dos consumidores.

⁷⁶SAITO, Op Cit, p.102

⁷⁷ISHIHARA, Júlia Namie Maia Pinto. Concorrência e mercados digitais: (ir)racionalidade dos usuários e desafios à análise antitruste. Monografia de Conclusão do Curso, Universidade de Brasília. Brasília, 2019, p.51.

é extraída em troca do serviço, a segurança e a privacidade que terão esses dados⁷⁸, a intensidade da publicidade e sua utilidade de busca e outros rankings, que são de suma relevância quando consideramos o desempenho da economia digital⁷⁹.

Ante o exposto, sob o viés concorrencial, considerações devem ser feitas. Primeiramente, ao se estabelecer um preço zero restringe-se a competição por preço, por conseguinte, os concorrentes, que já se encontram em grande desvantagem por conta dos efeitos de rede, devem competir por meio da oferta de produtos, sendo a qualidade necessária de difícil determinação⁸⁰. Segundo, a aparência de gratuidade pode gerar uma tolerância nos consumidores, fazendo com que estes tenham um baixo nível de exigência quanto a qualidade do bem ou serviço ofertado e, até mesmo, tolerem abusos⁸¹. No mais, não cobrar um preço monetário, muitas vezes, faz com que os usuários não mensurem outros custos existentes, como o fornecimento de dados para a plataforma.

Em linhas gerais, portanto, a oferta de produtos e serviços a um preço zero faz com que o consumidor (i) fique relutante em migrar para uma outra plataforma, (ii) tenha um baixo nível de exigência, (iii) tolere abusos, e (iv) não mensurem os custos não monetários decorrentes do consumo do serviço ou produto. Assim, é possível concluir que nos mercados de preço zero é mais fácil a imposição de comportamentos anticompetitivos e abusivos.

4.2. A economia comportamental, o acesso aos dados e os efeitos de rede nos mercados digitais

Tratando-se de plataformas digitais, o poder de mercado se eleva quando os consumidores optam pela utilização de uma única plataforma, logo, são realizadas manobras para que as plataformas

⁷⁸O relatório também assinala que “*pesquisas referentes ao valor que os consumidores depositam nos serviços de internet sugerem que o acesso aos e-mails são considerados 30 vezes mais valiosos do que o acesso às redes sociais. E mesmo assim, o mesmo preço monetário zero é pago [...]*” (DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. *Unlocking digital competition: report of the Digital Competition Expert Panel*. United Kingdom, 2019, p.42-43 Disponível em: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2019/unlocking-digital-competition.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021. Tradução livre)

⁷⁹Ibidem, p.42.

⁸⁰LANCIERI; SAKOWSKI, op. cit, p.31.

⁸¹ISHIHARA, op. cit, p.48.

consolidem sua dominância no mercado. Para tanto, a economia comportamental é utilizada, de modo que os próprios consumidores acabam gerando o poder de mercado de determinada rede.

“*Framing*”, “*nudges*” e “*standards*” são técnicas capazes de direcionar o consumidor a realizar uma escolha que torna a plataforma mais lucrativa. Esse direcionamento advém da própria plataforma que, por sua vasta rede de dados, consegue induzir seu usuário. De acordo com o *Stigler Committee on Digital Platforms*:

Os negócios digitais não só detêm mais informações do que as firmas tradicionais, mas eles também possuem uma maior validação dos produtos ou serviços e a habilidade de controlar o ambiente e o momento das escolhas e ofertas. Por exemplo, uma empresa pode esconder um componente do preço de um produto, deixando com que os consumidores o descubram somente depois de terem investido um tempo e esforço significativo na compra do bem. Essa estratégia pode ser empregada de formas diferentes dependendo da disposição de pagamento que o consumidor demonstrou ter no passado⁸².

Com a capacidade de extrair e gravar os dados de seus usuários, as empresas digitais aprendem e manipulam as preferências de seus consumidores⁸³. Mais do que isso, baseando-se nas características do comprador, a plataforma consegue personalizar os produtos e serviços que a ele é recomendado⁸⁴. Ou seja, a plataforma está a todo momento induzindo os comportamentos de seus membros. Sobre a exploração da irracionalidade dos consumidores, explica Júlia Ishihara:

[...] a irracionalidade de consumidores é explorada constantemente por empresas em uma estratégia chamada de “*phishing*”⁸⁵. Akerloff e Shiller, em uma metáfora com a

⁸²STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, op. cit, p.59, *tradução livre*.

⁸³Ibidem, p.60.

⁸⁴LEVIN, op. cit, p.2

⁸⁵Trata-se de fazer com que pessoas façam coisas que são do interesse do *phisherman*, mas não do interesse do alvo. É sobre pescar, jogar uma isca artificial na água, sentar e esperar com que os peixes cautelosos nadem, errem e sejam pegos. Existem tantos *phishers* e eles são tão engenhosos na diversidade de suas iscas que, pelas leis da probabilidade, cedo ou tarde, todos nós seremos pegos, por mais cautelosos que possamos tentar ser. Ninguém está isento. De acordo com a nossa definição, um *phool* é uma pessoa que, por qualquer razão, é pescada (*phished*) com sucesso. Existem dois tipos de *phool*: o psicológico e o informacional. Por sua vez,

pesca, definem “phishing” como uma forma de conseguir que as pessoas ajam no interesse do “pescador”, atraídas por uma isca. “Phool”, por sua vez, é a pessoa que é vítima dessa estratégia, que pode ser dividida em duas categorias: i) psicológico – que é subdividido no tipo emocional e no de vieses cognitivos; e ii) informacional – que age com base em informações intencionalmente criadas para enganá-lo.⁸⁶

A autora também afirma que essas estratégias incidem sobre os múltiplos lados da plataforma, atingindo até mesmo aquele que não é, a rigor, considerado consumidor.

Desse modo, quanto ao acesso de dados por parte das plataformas, é possível elencar três riscos: (i) formação de cartéis, tendo em vista a eficiência dos algoritmos em fixarem preços; (ii) direcionamento comportamental, pois, como citado, as plataformas conseguem conduzir o consumidor a comprar determinado produto; (iii) “*frenemy*”, dinâmica em que grandes plataformas e aplicações independentes estabelecem uma relação de cooperação e concorrência⁸⁷. Isso posto, é essencial que o direito antitruste entenda de que forma a utilização dos dados do usuário auxilia na obtenção do poder de mercado e até que ponto é possível usar tais dados sem realizar uma prática abusiva contra o consumidor.

Sobre o comportamento dos consumidores também se faz mister assinalar que estes normalmente dão preferência a um único fornecedor, ou seja, são agentes econômicos “*single-homing*”. Assim, muitas vezes, os consumidores se eximem de comparar preços ou de pesquisar produtos em outras lojas, postura esta que também eleva a concentração e dominância de determinado agente⁸⁸. Porém, vale destacar que este comportamento é mais do que uma mera tendência, visto que as plataformas utilizam estratégias para diminuir o *multi-homing*, quais

os *phool* psicológico se dividem em dois. Em um caso, as emoções de um *phool* psicológico substituem os ditames de seu bom senso. No outro, vieses cognitivos, que são como ilusões de ótica, o levam a interpretar mal a realidade, e ele age com base nessa interpretação equivocada. [...] Os *phool* informacional agem com base em informações que são intencionalmente criadas para enganá-los. (ISHIRARA, Julia Namie Maia Pinto, op. cit, p.51 apud AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *The economics of manipulation and deception*. Princeton University Press. 2016, p.11. Tradução livre).

⁸⁶ISHIHARA, op. cit, p.51.

⁸⁷DIAS, op. cit, p.21-22.

⁸⁸LANCIERI; SAKOWSKI, op. cit, p.32.

sejam: (i) termos de uso, evidentemente anticompetitivos; (ii) perda de reputação e de dados; (iii) barreiras técnicas; e (iv) prática da venda-casada⁸⁹. Sobre o assunto, aponta o *Stigler Center Comittee on Digital Platforms*:

Consumidores não rolam a tela para baixo para encontrar mais resultados de pesquisa, eles concordam com as configurações escolhidas pelo serviço, eles residem em uma única plataforma e geralmente realizam ações que favorecem o status quo e tornam difícil para um entrante atrair consumidores. Em geral, os resultados da literatura de economia comportamental demonstram um sub-reconhecido poder de mercado detido pelas plataformas digitais.⁹⁰

Os efeitos de rede também são capazes de criar barreiras nas plataformas digitais, haja vista sua capacidade de gerar economias de escala, resultando na intensa concentração de mercado⁹¹. De acordo com Howard Shelanski, cada usuário da plataforma produz uma externalidade positiva para os demais usuários, elevando assim o escopo do serviço, de modo que a plataforma vai se tornando mais atrativa e seu número de participantes aumenta, o que possibilita a formação de um monopólio⁹². A respeito do tema, David Evans e Richard Schmalensee aduzem que os efeitos indiretos de rede podem produzir economias de escala do lado da demanda, o que também enseja a formação de monopólio.

Em modelos simples, os efeitos de rede indiretos também podem produzir, pelo lado da demanda, economias de escala que levam ao monopólio: o aumento da participação de um lado da plataforma a torna mais atrativa para o outro lado, levando ao aumento da participação deste, o que torna a

⁸⁹Ibidem, p.13.

⁹⁰STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, op. cit, p.29.

⁹¹“Efeitos de rede e economias de escala são duas significantes barreiras à entrada. O vencedor, nesse contexto, detém uma enorme vantagem de custo decorrente de sua escala de operações e um grande benefício decorrente da escala de seus dados. Um entrante, no geral, não pode superar isso sem instalar uma base similar (efeitos de rede) ou uma escala similar (economia de escala), ambas difíceis de se obter de um modo rápido e econômico”. (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, op. cit, p.40, *tradução livre*).

⁹² SHELANSKI, op. cit. p.1663

participação do primeiro lado mais atraente, e assim por diante.⁹³

Nesse sentido, os efeitos de rede podem gerar o denominado *market tipping*, fenômeno que surge quando a plataforma atinge um número excessivo de participantes, de modo que se estabelece um ciclo de *feedbacks* positivos, os quais fazem com que o mercado se “incline” a plataforma. Desse modo, a plataforma se torna um padrão de mercado e, conseqüentemente, há uma eliminação da concorrência e o aumento das barreiras à entrada no mercado.

Tendo em vista o controle de dados que a plataforma detém e os efeitos de rede por ela produzidos, vários autores defendem que a competição no setor digital seria “pelo mercado” e não “no mercado”, como normalmente acontece, tratando-se de uma concorrência “*winner take most*”, ou até, “*winner takes all*”⁹⁴, afinal, a instauração de novas plataformas com um número pequeno de usuários é muito difícil, o que incentiva o crescimento de setores digitais em que há uma empresa dominante ou quase monopolista⁹⁵. Lina Khan, atual presidente da FTD (*Federal Trade Commission*), aponta:

[...] um dos fatores mais relevantes dos mercados de plataformas online é que neles *winner takes all*. Isso se deve em grande parte aos efeitos de rede e o controle sobre os dados, o que significa que as vantagens iniciais se auto reforçam. O resultado é que a tecnologia dos mercados de plataformas se renderá à dominância de um pequeno número de empresas.⁹⁶

À vista disso, pode-se dizer que nos mercados digitais a dominância tende a ser um resultado natural da concorrência, sendo, aliás seu modo de operação mais eficiente. Portanto, as empresas irão

⁹³ EVANS; SCHMALENSSEE, op. cit, p.13, *tradução livre*.

⁹⁴SAITO, op. cit, p.88.

⁹⁵CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Desafios do direito da concorrência nos mercados digitais. Conjur, 07 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-07/defesa-concorrencia-desafios-direito-concorrencia-mercados-digitais#:~:text=Um%20dos%20maiores%20desafios%20do,e%20combate%20a%20oil%C3%ADcitos%20antitruste>. Acesso em: 20 fev.2021.

⁹⁶KHAN, Lina M. *Amazon's antitrust paradox*. Yale Law Journal, v. 126, 2016, p. 785. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 15 jul.2021. *Tradução livre*.

concorrer pelo mercado, já que no setor digital a tendência é da não convivência de múltiplas plataformas no mesmo mercado⁹⁷.

Quanto a indução comportamental do consumidor, a literatura econômica compreende que a concorrência não soluciona o problema, mas, muito pelo contrário, um ambiente competitivo é capaz de piorar o cenário exposto, haja vista que para se manter ou se sobressair em um contexto de competitividade, elevando sua rentabilidade, as empresas podem explorar de modo mais intenso a economia comportamental⁹⁸. Há, portanto, um medo pertinente de que as grandes empresas do mercado digital utilizem seu poder sob os consumidores como um meio de se expandirem ainda mais. Logo, cabe ao direito concorrencial estabelecer a que ponto as induções comportamentais se tornam anticompetitivas. Ademais, a respeito dos efeitos de rede, tendo em vista que eles criam barreiras à entrada e tendem a gerar economias de escala, além de, muitas vezes, deterem um papel mais relevante que o preço e a qualidade, é imprescindível sua análise pelo direito antitruste.

5. A aplicação do direito concorrencial contra as condutas anticompetitivas dos mercados digitais

Lina Khan, em sua obra, disserta que os economistas ao longo do tempo vêm tentando entender quais são os desafios únicos que surgem no direito antitruste a partir desses mercados dotados de plataformas multilaterais. Para eles, é evidente que as análises aplicadas às plataformas unilaterais podem ceder uma vez empregadas às plataformas de múltiplos lados, já que elas produzem efeitos de rede e possuem uma estrutura de preços diferenciada. Posto isso, os referidos economistas inclinam-se a concluir que o direito antitruste deveria perdoar condutas que, em outro contexto, poderiam ser caracterizadas como anticompetitivas⁹⁹. Fato é que, como pontua a autora, não se mostra viável concordar com o caminho encontrado por estes economistas, dado que anuir ou se submeter a “alguns” comportamentos potencialmente anticompetitivos, somente por decorrerem de mercados novos e complexos ainda em estudo, pode resultar em grandes abusos e injustiças. O direito antitruste não deve fechar seus olhos, mas sim se adaptar, não

⁹⁷ NETO, op. cit, p.25

⁹⁸ STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, op. cit, p.60.

⁹⁹ KHAN, op. cit. p,784

somente para defender o bem-estar econômico, como também para perseguir a competitividade.

Para mensurar a aptidão de determinada empresa em realizar condutas anticompetitivas, o direito concorrencial exige que seja avaliado o seu mercado relevante e seu poder de mercado, sendo o mercado relevante aquele em que o agente econômico opera ou realiza relações concorrenciais¹⁰⁰ e o poder de mercado aquele que se verifica quando a empresa pode atuar de modo independente e indiferente, tamanho seu poder econômico¹⁰¹. Assim, considera-se o mercado relevante como a unidade de análise para que se avalie o poder de mercado.¹⁰²

Delimita-se o mercado relevante para que seja possível pontuar eventual restrição competitiva do fornecedor do produto, ou seja, para identificar se as forças do mercado conseguem impedir determinada empresa de elevar seus preços ou reduzir a qualidade de seu produto. É a intensidade da limitação que resulta em possíveis prejuízos a competitividade ou aos consumidores¹⁰³. Para tal mensuração, a metodologia tradicional examina o mercado relevante a partir da dimensão do produto e da dimensão geográfica, para que assim seja possível determinar se há e quais são os insumos que atuam como substitutos do produto original para um número significativo de consumidores.

É nesse sentido que atua o Teste do Monopolista Hipotético (SSNIP – “*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*”). Ele averigua se, no caso do aumento do nível de preço de determinado produto, há outros insumos que possam substituí-lo dentro do mercado. Logo, é uma ferramenta pautada no preço que analisa a extensão do mercado relevante.

De acordo com o relatório canadense *Big data and innovation: key themes for competition policy in Canada*¹⁰⁴, não se faz necessário

¹⁰⁰ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8 Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 p.212.

¹⁰¹Ibidem, p.272.

¹⁰²CARTILHA DO Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2016, p.8. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁰³SAITO, op. cit, p.120.

¹⁰⁴COMPETITION BUREAU CANADA. *Big data and innovation: key themes for competition policy in Canada. Canada, 2018, p.06*. Disponível em: [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf) Acesso em: 16 mar.2021.

alterar a forma de delimitação do mercado relevante somente por se tratar da análise de mercados digitais. Basta que as autoridades analisem de um modo crítico o papel e os impactos dos efeitos de rede na situação em exame¹⁰⁵. Todavia, esse posicionamento não parece o mais adequado, sendo mais viável e correto uma revisão da metodologia e dos parâmetros adotados pela análise antitruste.

Tendo em vista as particularidades já apontadas, entende-se que o SSNIP, sem adaptações, não está apto a averiguar o setor digital. Isso porque o teste, usualmente, trata de um único mercado, ou seja, ele, a rigor, não incide sobre ecossistemas empresariais detentores de uma gama de produtos não concorrentes¹⁰⁶. Ademais, o Teste do Monopolista Hipotético, para verificar o efeito na demanda, leva em consideração que apenas um lado é afetado pelo aumento de preços, supondo que o outro lado se mantém imutável¹⁰⁷. Ambos os aspectos tornam este teste inadequado para as plataformas de múltiplos lados, fortemente presentes no contexto digital, pois, normalmente, elas detêm uma série de produtos e serviços não concorrentes e, devido a sua multilateralidade, eventual aumento de preço, ao afetar um lado do mercado, conseqüentemente, reduz a demanda do outro lado, o que, por sua vez, impacta de volta o outro lado, e, assim, sucessivamente¹⁰⁸.

O Teste do Monopolista Hipotético (SSNIP) também perde seu sentido quando está em pauta um mercado de preço zero, haja vista que ele detecta o monopólio por meio da variável “preço”, mais especificamente, por meio de um aumento pequeno, mas significativo e não transitório, de preços. Como bem coloca David Evans, “*zero prices result in conundrum and confusion in antitrust analysis*”¹⁰⁹.

Desse modo, é evidente que as ferramentas tradicionais do direito Concorrencial se tornam obsoletas para a análise de mercados digitais. Em vista disso, vários autores propõem formas de solucionar a

¹⁰⁵LANCIERI; SAKOWSKI, op. cit, p.20.

¹⁰⁶GAL, Michal S; RUBINFELD, Daniel L. *The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement*. Law & Economics Research Paper Series, working paper n.14-44. New York University School of Law, 2015, p.32.

¹⁰⁷BAPTISTA, op. cit, p. 37.

¹⁰⁸ “Como vemos observando, um aumento de preço de um lado resulta na redução da demanda dos consumidores desse lado e, mediante efeitos positivo de feedback, uma redução na demanda do outro lado; a queda na demanda do outro lado reduz ainda mais a demanda do primeiro lado” (EVANS; SCHMALENSEE, op. cit, p.22, *tradução livre*).

¹⁰⁹EVANS, op. cit, p.2.

questão, ou por meio da adaptação do Teste do Monopolista Hipotético, ou pela aplicação de outros mecanismos.

Tratando-se de mercados de preço zero e pensando no bem-estar do consumidor, John Newman entende que o direito antitruste deve assegurar que as empresas recebam incentivos para (i) reduzir custos, (ii) aumentar a qualidade de seus produtos e serviços, ou (iii) inovar. Seguindo essa lógica, trazendo um proposta mais objetiva, Michal Gal e Daniel Rubinfeld sugerem que nos mercados de preço zero seja aplicada uma variação do teste SSNIP, de modo que seja avaliado os limites do mercado a partir de mudanças pequenas, mas significativas e não transitórias (*small but significant and non-transitory changes*), da qualidade do produto ou serviço (SSNIQ)¹¹⁰. Pontuam os autores:

Aqui o teste SSNIP analisa a mudança uma vez que a qualidade é reduzida (e não quando o preço é elevado). Embora as diferenças de qualidade são mais difíceis de mensurar e quantificar se comprada as diferenças de preço, a conduta dos consumidores ainda pode fornecer fortes indicadores quanto as preferências do consumidor quando a qualidade é alterada.¹¹¹

Gal e Rubinfeld também sugerem que o SSNIP seja adaptado quando mercados que detém produtos agregados ou complementares estiverem em pauta, pois, dado que os lucros se encontram acumulados no mercado companheiro, as empresas consideram os dois produtos na maximização dos seus lucros, simultaneamente¹¹². Na mesma linha, os autores defendem que em mercados de dois lados deve-se utilizar, como parâmetro delimitador do mercado, os efeitos de rede cruzadas, pois dessa forma são extraídos dados importantes acerca da elasticidade da demanda¹¹³. Gal e Rubinfeld também indicam a utilização de um parâmetro similar a este último ao se tratar da análise de bens gratuitos e independentes, ou seja, propõem que deve ser analisado os lucros provenientes de um bem relacionado, mesmo que este não se encontre agrupado ou em dois lados¹¹⁴.

Já Michael Katz e Jonathan Sallet, no que se refere à plataformas de múltiplos lados, defendem a utilização do denominado

¹¹⁰ GAL; RUBINFELD, op. cit., p.35.

¹¹¹ Ibidem, p.35, *tradução livre*.

¹¹² Ibidem, p.33.

¹¹³ Ibidem, p.33.

¹¹⁴ Ibidem, p.33.

multiple-markets approach. De acordo com esta abordagem, deve se considerar que os interesses dos diferentes lados da plataforma não estão completamente alinhados uns com os outros, ou seja, estas redes operam em mercados relevantes separados, de modo que, nos diferentes lados da plataforma, o estado da concorrência, e até mesmo o conjunto de competidores, pode divergir significativamente um do outro¹¹⁵. Nesse sentido, os autores entendem que é possível a utilização dos testes SSNIP, porém, deve ser considerado o preço líquido cobrado pela plataforma. Assim, dissertam Katz e Sallet:

Diversos autores vêm concluindo que o teste SSNIP para plataformas de transação deve ser conduzido utilizando-se o preço líquido cobrado pela plataforma. Embora possa aparentar que a abordagem do preço líquido para o teste SSNIP requer a adoção do enfoque de um mercado único, isso não ocorre; podendo ser realizado sob a perspectiva de mercados múltiplos.¹¹⁶

Por sua vez, Sebastian Wismer e Amo Resek defendem que é possível a aplicação tanto da abordagem que considera todos os lados da plataforma como um mercado relevante único, quanto a abordagem que entende que os diferentes lados da plataforma constituem mercados relevantes distintos¹¹⁷. Para os autores o importante é que a análise realizada interprete de forma adequada as interdependências existentes e o conjunto de forças competitivas incidentes em cada lado do mercado¹¹⁸. Além disso, para Wismer e Resek, não obstante possa ser realizada adaptações, é muito complicada a aplicação do SSNIP em plataformas de múltiplos lados, seja pelo preço zero, seja pela dificuldade do teste em constatar e operacionalizar outros fatores que não o preço, seja pela complexidade em determinar e moldar os efeitos de rede¹¹⁹.

Em uma nova perspectiva, Tim Wu, entendendo que as empresas digitais competem pela atenção do consumidor, propõe que o poder de mercado de determinada rede digital pode ser mensurado a partir do tempo que os usuários gastam na plataforma, unidade de medida

¹¹⁵ KATZ, Michael; SALLET, Jonathan. *Multisided platforms and antitrust enforcement*. Yale Law Journal, n.127. 2018, p.2145. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/215570484.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹¹⁶ Ibidem, p.2160, *tradução livre*.

¹¹⁷ ISHIHARA, op. cit, p.62.

¹¹⁸ Ibidem, p.62-63.

¹¹⁹ Ibidem, p.63.

esta que, mais do que mensurável, já é contabilizada pelas próprias empresas. Como dispõe o autor:

Uma maneira relativamente simples de mensurar o poder de mercado nos mercados de atenção é focar na própria métrica da indústria: o tempo, ou no jargão, “tempo no site”. O tempo atua como um proxy de atenção, dado que geralmente não se pode determinar se os consumidores estão realmente atentos na própria tela quando os anúncios são exibidos, ou o quanto focada essa atenção está a todo tempo. Essa abordagem reconhece que algumas empresas estão na junção de dois mercados – de atenção e mercado de cash – e considera que o poder de mercado nos mercados de atenção pode transmitir um poder considerável.¹²⁰

Diante do exposto, fica claro que as ferramentas do direito antitruste não conseguem analisar de forma clara e única a concorrência no setor digital. No entanto, ao passo em que há um consenso quanto a referida inadequação, não há uma conformidade quanto as adaptações que devem ser feitas para corrigir esta situação.

Mesmo assim, a partir das reflexões realizadas ao longo deste artigo, é possível inferir que (i) os efeitos de rede devem ser examinados, pois eles são uma das principais ferramentas responsáveis pela aquisição de poder de mercado por parte de determinada plataforma; (ii) a análise de mercado de múltiplos lados tem que considerar todos os lados do mercado, pois um lado pode influir sobre o outro; (iii) embora não seja a solução ideal, quanto aos mercados a preço zero o melhor a se fazer é considerar outros quesitos, como a qualidade, os efeitos de rede e o tempo que os usuários gastam na rede; e (iv) o direito antitruste tem que considerar os vieses comportamentais do consumo, pois estes aspectos cognitivos, como já exposto, influenciam a competitividade.

6. Conclusão

As novas tecnologias criaram novas formas de interação, por conseguinte, surgiram os mercados digitais. A difusão da internet e o desenvolvimento de aparelhos móveis deram origem a uma sociedade

¹²⁰ WU, Tim. *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*. Antitrust Law journal, vol.82, 2019, p. 28. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=faculty_scholarship. Acesso em: 15 jul.2021. *Tradução livre*.

online, ou seja, uma sociedade conectada a todos os momentos, independentemente da localização física, e quanto mais “*on*” forem seus indivíduos, mais intenso será o setor digital.

Estes mercados digitais se distinguem dos mercados tradicionais, isso porque possuem particularidades que os tornam únicos, sendo as principais: (i) plataformas de múltiplos lados; (ii) efeitos de rede; e (iii) mercados a preço zero. Nota-se que estes aspectos, além de estimularem a concentração mercadológica e a prática de condutas anticompetitivas, eles apresentam entraves ao direito concorrencial, pois os métodos e ferramentas tradicionalmente utilizados na análise dos mercados não conseguem envolver adequadamente o setor digital.

Sobre referidos efeitos anticompetitivos, de modo geral, foi possível extrair as seguintes informações: (i) os efeitos de rede criam barreiras à entrada e são capazes de gerar economias de escala; (ii) os mercados a preço zero eliminam o fator preço, logo, somado aos efeitos de rede, dificultam a entrada de um possível concorrente; (iii) os mercados a preço zero tornam os consumidores mais tolerantes a abusos e menos exigentes quanto a qualidade do produto ou serviço; (iv) plataformas de múltiplos-lados, a partir de seus efeitos de rede, podem deter o “*bottleneck power*”; e (v) as plataformas, acessando os dados dos consumidores, por meio da economia comportamental, conseguem induzi-los a aumentarem seu lucro, seja pelo estímulo ao *single-homing*, seja mediante anúncios personalizados;

Em contrapartida, ainda sobre o tema, é relevante pontuar que referidos efeitos e conclusões não são um consenso no direito antitruste. Há autores, como Joshua Wright e Geoffrey Manne, que, sob um outro viés, entendem que a posição dominante atingida por poucas empresas no mercado digital decorre da inovação¹²¹. Sendo assim, considerando que a mera posição de dominância não é necessariamente um problema concorrencial, as autoridades antitruste deveriam ser cautelosas. Sob a ótica do custo de erro (*error cost*), os autores pontuam que o viés antimercadológico, segundo o qual os monopólios que surgem devido condutas inovadoras deveriam prestar esclarecimentos, somado ao aumento dos riscos de intervenção das autoridades antitruste contra práticas comerciais que se valem da inovação, é extremamente problemático para o bem estar¹²² do consumidor¹²³. Então, para eles, em

¹²¹NETO, op. cit, p.51.

¹²²Nesse sentido, também entende Robert Bork e Gregory Sidak, os quais dissertam: “punir o Google ‘por ser o buscador concorrente mais eficaz prejudicaria os

suma, a fiscalização das autoridades pode gerar danos ao setor digital, que é composto por negócios dinâmicos e que ainda não são totalmente compreendidos.¹²⁴ Ainda, vale ressaltar que Joshua Wright, valendo-se da ótica neoclássica, defende que a ausência de preços impede a monopolização ou a incidência de preços de monopólio. Além disso, ele também acredita que a teoria comportamental deve ser utilizada no direito concorrencial de forma cautelosa, caso contrário, pode gerar excessos intervencionistas¹²⁵.

Sobre a caracterização de comportamentos anticompetitivos pelo direito antitruste, nota-se que é essencial delimitar o mercado relevante e o poder de mercado, sendo o mercado relevante a unidade de análise do poder de mercado. No entanto, a mensuração de ambos se dá por meio do preço, mais especificamente, é necessário verificar se a empresa em pauta, potencialmente monopolista, poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem de produto ou serviço¹²⁶. Para tal averiguação, é utilizado o Teste do Monopolista Hipotético. Desse modo, considerando que o preço muitas vezes ou tem um papel secundário, ou simplesmente não incide sobre os mercados digitais, é inadequada a aplicação das ferramentas tradicionais do antitruste. Ademais, por meio do referido teste não é possível medir a intensidade dos efeitos de rede, aspecto chave das plataformas multilaterais.

A temática que envolve o direito concorrencial e os mercados digitais é muito extensa, indo além dos pontos abordados por este artigo. Mas, no geral, fato é que ainda não se nota um consenso a respeito da adequação do direito concorrencial, ou seja, os teóricos ainda não concordam entre si quanto a melhor forma de se adequar o direito antitruste no âmbito digital, sendo este tema ainda muito debatido, subsistindo diferentes propostas no tocante ao modo de lidar com a questão. Por certo, o que podemos concluir é que é essencial a análise dos mercados digitais pelo direito concorrencial, pois suas particularidades estimulam a concentração, e, para essa análise, em suma, é

consumidores e, portanto, contradiria o propósito reconhecido do direito antitruste”.

(BORK; SIDAK, op. cit, p.665, *tradução livre*)

¹²³MANNE, Geoffrey A; WRIGHT, Joshua D. *Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google*. *Havard Journal of Law & Public Policy*, vol.34, n° 1. 2011, p.17.

¹²⁴SHELANSKI, op. cit, p.4.

¹²⁵ISHIHARA, op. cit, p.94.

¹²⁶CARTILHA DO Cade, op. cit, p.8.

imprescindível ferramentas que consigam examinar (i) os efeitos de rede; (ii) o poder de mercado de plataformas de preço zero; e (iii) os vieses cognitivos que induzem os consumidores.

7. Referências

BAPTISTA, Anna Carolina Barros. Mercados digitais: características e seus impactos na análise da defesa da concorrência – casos Facebook/Whatsapp e Google Search. Monografia de Bacharelado, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

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*, Volume 8, Issue 4. 2012. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcle/article/8/4/663/804104?login=true>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CARTILHA DO CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2016, p.8. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021

COMPETITION BUREAU CANADA. *Abuse of dominance: enforcement guidelines. Canada*, 2019, p.14. Disponível em: [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-ADEG-Eng.pdf/\\$file/CB-ADEG-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-ADEG-Eng.pdf/$file/CB-ADEG-Eng.pdf). Acesso em: 15 jul.2021.

COMPETITION BUREAU CANADA. *Big data and innovation: key themes for competition policy in Canada. Canada*, 2018, p.06. Disponível em: [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf) Acesso em: 16 mar.2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Desafios do direito da concorrência nos mercados digitais. *Conjur*, 07 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-07/defesa-concorrenca-desafios-direito-concorrenca-mercados-digitais#:~:text=Um%20dos%20maiores%20desafios%20do,e%20combate%20a%20il%C3%ADditos%20antitruste>. Acesso em: 20 fev.2021.

DIAS, João de Azevedo. A problemática dos efeitos de rede e de aprisionamento no contexto do abuso de posição dominante europeia. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2018, p.21-22.

DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. *Unlocking digital competition: report of the Digital Competition Expert Panel, 2019*, p.42-43 Disponível em: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2019/unlocking-digital-competition.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

EVANS, David S. *Antitrust issues raised by the emerging global internet economy*. In *Northwestern University Law review*, vol.102, n.4, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279686. Acesso em: 10 mar. 2021.

EVANS, David S. *The antitrust economics of free. Competition Policy International*. 2011, p.2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1813193>. Acesso em: 25 mar. 2021

EVANS, David S; SCHMALENSEE, Richard. *The antitrust analysis of multi-sided platform businesses*. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, n.18783, 2013, p.2. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

EUROPEAN COMISSION. *Competition policy for the digital era*. European Comission, 2019, p.22. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8 Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GAL, Michal S; RUBINFELD, Daniel L. *The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement*. Law & Economics Research Paper Series, working paper n.14-44. New York University School of Law, 2015.

ISHIHARA, Júlia Namie Maia Pinto. Concorrência e mercados digitais: (ir)racionalidade dos usuários e desafios à análise antitruste. Monografia de Conclusão do Curso, Universidade de Brasília. Brasília, 2019.

KATZ, Michael; SALLET, Jonathan. *Multisided platforms and antitrust enforcement*. Yale Law Journal, n.127. 2018, p.2145. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/215570484.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

KHAN, Lina M. *Amazon's antitrust paradox*. Yale Law Journal, v. 126, 2016. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 15 jul.2021.

LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Documento de Trabalho n°005/2020. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Departamento de Estudos Econômicos. Brasília, 2020.

LEVIN, Jonathan D. *The economics of internet markets*. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, n.16852 2011. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w16852/w16852.pdf . Acesso em: 10 mar. 2021.

NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Defesa da concorrência em plataformas digitais. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

NEWMAN, John M. *Antitrust in zero-price markets: foundations*. University of Pennsylvania Law Review. 2015.

SAITO, Leandro. Antitruste e novos negócios na Internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular do poder econômico. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SHELANSKI, Howard A. *Information, innovation and competition policy for the internet*. University of Pennsylvania Law Review, vol.161. 2013, p.1682. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol161/iss6/6. Acesso em: 11 mar. 2021.

STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*. 2019, p.30. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

WU, Tim. *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*. Antitrust Law journal, vol.82, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=faculty_scholarship. Acesso em: 15 jul.2021.

WU, Tim. Impérios da comunicação: do telefone à internet, a AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

7. ADESÃO DE PESSOAS FÍSICAS AOS ACORDOS DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO

7. ADHESION OF INDIVIDUALS TO ANTI-CORRUPTION AND TO PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE LENIENCY AGREEMENTS: PERSPECTIVES ON THE IMPLEMENTATION

Isabela Monteiro de Oliveira

Resumo: Esta pesquisa busca investigar se a omissão da lei quanto à possibilidade de adesão de pessoas físicas a Acordos de Leniência Anticorrupção e do Ministério Público celebrados por pessoas jurídicas teria por base uma racionalidade, ou se se trataria de mera lacuna legislativa. A partir disso, analisa-se a legitimidade da CGU, da AGU e do MP para permitir tal adesão, bem como as possíveis repercussões da permissão, ou não, da adesão de pessoas físicas para a eficácia dos acordos e do Programa de Leniência.

Palavras-chave: leniência, adesão, pessoa física, anticorrupção, Ministério Público.

Abstract: This research seeks to investigate if the omission of the law with respect to the adherence of individuals to Anti-Corruption and to Public Prosecutor's Office Leniency Agreements would be based on a rational explanation, or if it would be a mere legislative gap. Then, it analyzes the legitimacy of the competent authorities to allow such adherence, as well as possible repercussions of the permission, or not, of the adherence of individuals to the effectiveness of the agreements and of the Leniency Program itself.

Key words: leniency, adhesion, individuals, anti-corruption, Federal Public Prosecutor.

1. Introdução

A Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) é vanguardista no que diz respeito à instituição de um Programa de Leniência. Sem dúvida, a tutela oferecida pela leniência antitruste foi

ponto de partida e de inspiração para a adoção do instituto na investigação de outros tipos de ilícito.

Além de prever a possibilidade de celebração de acordo com pessoas jurídicas envolvidas em práticas anticoncorrenciais, o Programa de Leniência Antitruste também conta com a possibilidade de que as pessoas físicas ligadas a tais empresas e que estejam envolvidas na conduta também possam aderir aos acordos. Tal medida visa, por meio da concessão de maior segurança e de benefícios processuais, aumentar o incentivo dos indivíduos infratores à cooperação com a autoridade antitruste, a fim de obter maior quantidade de informações e detalhes acerca dos ilícitos investigados.

Em 2013, a entrada em vigor da chamada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) marcou a transformação da disciplina legal dos Acordos de Leniência. No entanto, apesar de ter clara inspiração no Programa de Leniência Antitruste, o referido diploma, ao instituir o Programa de Leniência Anticorrupção, não replica a mesma previsão de tratamento para pessoas físicas.

De fato, a Lei Anticorrupção não prevê a possibilidade de negociação conjunta do Acordo de Leniência por pessoas jurídicas e físicas, ou mesmo a possibilidade de adesão posterior, por indivíduos, aos termos do acordo negociado com a empresa. Enquanto a Lei de Defesa da Concorrência concede imunidade criminal às pessoas físicas envolvidas em infrações comunicadas por meio da Leniência, a Lei nº 12.846/2013 restringe os efeitos do Acordo de Leniência Anticorrupção às pessoas jurídicas no âmbito administrativo.

Tal fato está ligado ao tipo de pessoa que pode integrar o polo passivo da investigação segundo cada legislação. Segundo a Lei de Defesa da Concorrência, por exemplo, tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física podem ser alvo de processo administrativo para investigação de possíveis infrações à ordem econômica. No caso da Lei Anticorrupção, no entanto, esta possui enfoque restrito a pessoas jurídicas, dado que a investigação de pessoas físicas cai sob a competência da legislação penal e da Lei de Improbidade Administrativa.

Por outro lado, como se verá, embora não haja legislação específica regulando os Acordos de Leniência do Ministério Público (MP), a partir de interpretação sistêmica, seria possível concluir que este também não teria benefícios extensíveis a indivíduos, uma vez que já existe instituto voltado à pessoa física, qual seja, a colaboração premiada.

De toda sorte, tal cenário tem motivado discussões acerca das diferenças entre as estruturas de incentivos dos programas de leniência acima mencionados, incluindo questionamentos sobre se a ausência de previsão de benefícios para pessoas físicas teria consequências para a efetividade do programa, e a proposição de diferentes soluções e interpretações.

Diante de tais apontamentos, este trabalho está estruturado da seguinte forma: i) discussão sobre se a ausência de menção à adesão de pessoas físicas na legislação anticorrupção constitui lacuna ou opção do legislador e possíveis motivações para tal; ii) apresentação de panorama da teoria acerca da adesão de pessoas físicas aos acordos de leniência anticorrupção e do MP, bem como dos casos de aplicação concreta da cláusula de adesão de pessoas físicas em tais acordos; iii) reflexão sobre a legitimidade (ou não) das autoridades para permitir a adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência celebrados por pessoas jurídicas; iv) exposição das repercussões da experiência de adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP celebrados por pessoas jurídicas; v) considerações finais.

2. Da celebração de Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP apenas com pessoas jurídicas: lacuna ou opção?

Conforme já mencionado, o Acordo de Leniência Anticorrupção foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 16 da Lei Anticorrupção. Segundo o referido dispositivo: “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”.

Segundo expresso no art. 8º, §2º, da Lei Anticorrupção, no âmbito do Poder Executivo Federal, a CGU tem a competência concorrente para *“instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento”*. Assim, por consequência, a CGU também será a autoridade competente para firmar acordos de leniência no que tange aos ilícitos previstos na mencionada Lei.

Ademais, destaca-se a atuação conjunta entre a CGU e a AGU, para a celebração dos acordos previstos na Lei Anticorrupção. Tal

parceria foi regulamentada pela Portaria Conjunta AGU/CGU nº 04, de 09 de agosto de 2019.

Já o Acordo de Leniência do Ministério Público, conforme ensina Athayde¹, não tem por base uma legislação específica, mas sim uma reinterpretação de dispositivos legais. Segundo a autora, não obstante a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) vede a transação, acordo ou conciliação na ação de improbidade, a possibilidade de celebração do Acordo de Leniência do MP é defendida com base nos seguintes dispositivos: i) art. 129, I, da Constituição Federal, uma vez que, se o MP é o ente legitimado a apresentar denúncia em relação a tipos penais de ação pública, ele também teria legitimidade para deixar de apresentar denúncia; ii) art. 37, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que o acordo poderá representar, em alguns casos o instrumento necessário para a prolação de uma “decisão eficiente”; iii) art. 37 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção² (Convenção de Mérida), por meio do qual seus signatários se comprometem a avaliar a possibilidade de conceder benefícios processuais aos investigados que puderem fornecer contribuição substancial e útil acerca do delito investigado; iv) art. 26 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional³ (Convenção de Palermo), por meio do qual os signatários se comprometem a encorajar participantes ou ex-participantes de grupos criminosos organizados a cooperarem e fornecerem informações úteis no âmbito das investigações de tais ilícitos; e, por fim, v) o art. 3º, §§2º e 3º do Código de Processo Civil, que postula que o Estado deverá promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, devendo tal tipo de resolução ser estimulado pelos operadores do Direito.

Portanto, verifica-se que, de um lado, a Lei Anticorrupção é expressa ao afirmar que a autoridade competente poderá celebrar o Acordo de Leniência Anticorrupção com “pessoas jurídicas”, não havendo qualquer previsão de celebração de acordo com pessoas físicas ou da possibilidade de adesão por pessoas físicas a acordos celebrados com pessoas jurídicas.

De outro, a legislação sequer menciona a possibilidade de celebração de acordo de leniência pelo MP, sendo este acordo derivado

¹ ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

² Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687/2006.

³ Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004.

de interpretação sistemática de dispositivos legais e supralegais. Nem a Lei nº 12.846/2013 nem a nova redação da Lei nº 8.429/1992 previram ou apresentaram qualquer regulamentação do Acordo de Leniência do MP.

Levando em consideração a existência do instituto da adesão no âmbito da Lei Antitruste, já estando este bastante consolidado, entende-se que a omissão de previsões dirigidas a pessoas físicas na Lei Anticorrupção foi simples opção do legislador, visando a resguardar o instrumento da leniência às pessoas jurídicas, uma vez que as pessoas físicas já teriam instrumento próprio.

Com efeito, em regra, o instrumento de colaboração reservado às pessoas físicas é o Acordo de Colaboração Premiada, o qual se limita à esfera penal, enquanto os Acordos de Leniência Anticorrupção e do Ministério Público são destinados às pessoas jurídicas, sendo limitados às esferas administrativa e cível.⁴

3. Teoria e evidência concreta da adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP celebrados por pessoas jurídicas

Nesta seção, serão explorados i) a teoria sobre a adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP, e ii) exemplos de aplicação concreta da cláusula de adesão de pessoas físicas em tais acordos. Em seguida, serão feitas ponderações sobre a legitimidade (ou não) de CGU, AGU e MP para permitir a adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência celebrados por pessoas jurídicas, diante da omissão da lei.

3.1. Da adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção celebrados por pessoas jurídicas com a AGU e a CGU

3.1.1 Da teoria e da doutrina sobre adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção celebrados por pessoas jurídicas com a AGU e a CGU

A possibilidade de adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção ainda é tema muito pouco explorado pela

⁴ ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

doutrina, não havendo ainda uma diversidade de referenciais teóricos. Não obstante, Lins, um dos poucos autores a tratar do assunto, é enfático ao afirmar que “se é possível a celebração de modo autônomo com as pessoas físicas autoras dos ilícitos, via acordo de não persecução cível, não se vislumbra óbice a que o trato consensual seja instrumentalizado via adesão ao acordo de leniência”, sendo a conclusão pela possibilidade de adesão de pessoas físicas uma simples questão de “coerência sistêmica”⁵.

Isso ocorre porque, quando se fala de delitos cometidos por pessoas jurídicas, está-se referindo na verdade a delitos cometidos por pessoas físicas enquanto representantes da pessoa jurídica. Nesse sentido, caso não houvesse nenhum tipo de benefício a ser concedido a tais indivíduos, não haveria qualquer incentivo para que estes auxiliassem a Administração Pública na investigação do delito, uma vez que, caso o fizessem, estariam se colocando em sérios riscos jurídicos, incluindo a possibilidade de punição em diversas esferas.

Para Bezerra Júnior⁶, a ausência de previsão da possibilidade de adesão da pessoa física constituiria verdadeira “deficiência” da legislação. Fazendo um paralelo com o Acordo de Leniência Antitruste e com os Acordos Administrativos em Processo de Supervisão no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (BACEN e CVM), o autor entende ser injustificável que a Lei Anticorrupção tenha reduzido o escopo da tutela da leniência, especialmente diante do fato de a adesão de pessoas físicas já estar consolidada no ordenamento jurídico.

De toda sorte, ao contrário do que ocorre no Programa de Leniência do MP, como se verá no item 3.2.1, não há qualquer tentativa de regulamentação da adesão de pessoas físicas por parte das autoridades competentes para a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção. A adoção das cláusulas de adesão tem sido resultado de decisões discricionárias da CGU e da AGU conforme interpretação mais abrangente do ordenamento.

⁵ LINS, Raniere Rocha. *Consensualidade e o enfrentamento à corrupção: diagnóstico dos espaços de consenso na prevenção e repressão de atos corruptivos à luz da Lei nº 12.846/2013*. 2020. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Direito Público, Brasília, 2020. p. 129.

⁶ BEZERRA JÚNIOR, Ademar Mendes. Leniência anticorrupção e a (in)segurança jurídica na tutela da moralidade administrativa. *Migalhas*, 01 set. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mDWniR>>. Acesso em: 20 set. 2020.

3.1.2 Dos casos concretos de adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção celebrados por pessoas jurídicas com a AGU e a CGU

Não obstante a ausência de legislação e a escassez de discussão doutrinária acerca do tema, alguns dos acordos firmados no âmbito da Lei Anticorrupção têm incluído a previsão da possibilidade de adesão ao acordo por parte de pessoas físicas, desde que estas adiram a todos os seus termos e o façam no prazo estipulado. Geralmente tais pessoas físicas são ligadas ao corpo diretivo da pessoa jurídica que firmou o acordo, visto que os indivíduos que ocupam cargos de maior importância tendem a possuir maior capacidade de fornecer uma contribuição que efetivamente acrescente aos elementos já providos pela empresa e que seja útil à investigação⁷.

Alguns dos Acordos de Leniência Anticorrupção que previram a possibilidade de adesão por pessoas físicas ocorreram no âmbito da Operação Lava Jato, como os das empresas OAS, Engevix, Odebrecht e Braskem, conforme o quadro abaixo:

Quadro 1 – Cláusulas de adesão de pessoas físicas em Acordos de Leniência Anticorrupção

Signatária	Cláusula de Adesão de Pessoas Físicas	Data do Acordo
Odebrecht ⁸	“1.5 Firmam o presente instrumento, ainda, na condição de INTERVENIENTES-ANUENTES: (i) o INTERVENIENTE-GARANTIDOR, por seus procuradores, nos termos da cláusula 13.6; e as (ii) as pessoas físicas relacionadas no ANEXO VII, desde que cumprido o disposto na cláusula 1.5.2, as quais, em esforços conjuntos com as RESPONSÁVEIS COLABORADORAS, foram responsáveis por produzir o conjunto de informações, documentos e outros	Jul. 2018

⁷ LINS. Op. Cit.

⁸ CGU; AGU. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e as empresas que integram o grupo econômico da Odebrecht*. Brasília: CGU; AGU. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3vB2Ui0> >. Acesso: 01 maio 2021.

Signatária	Cláusula de Adesão de Pessoas Físicas	Data do Acordo
	elementos comprobatórios entregues no âmbito deste Acordo de Leniência”.	
Braskem ⁹	“1.1.5. A adesão das pessoas físicas indicadas no Anexo VI-A (Pessoas Físicas Passíveis de Adesão ao Acordo de Leniência) será formalizada mediante assinatura do Termo constante no Anexo VI-B (Modelo de Termo de Adesão), dirigido à CGU, sob sigilo, no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir da data da celebração do presente Acordo, cabendo à RESPONSÁVEL COLABORADORA realizar as respectivas comunicações com as pessoas físicas constantes no referido Anexo VI-A”.	Maio 2019
OAS ¹⁰	“1.1.4. A adesão ao presente Acordo pelas pessoas físicas relacionadas no ANEXO XI será formalizada mediante assinatura do Termo constante no Modelo I do ANEXO XII, no prazo de até 90 (noventa) dias contados a partir da data da celebração deste Acordo, cabendo às RESPONSÁVEIS COLABORADORAS realizar as respectivas comunicações com as pessoas físicas constantes da referida no ANEXO XI”.	Nov. 2019
Engevix ¹¹	“1.3 A adesão ao presente Acordo pelas	Nov. 2019

⁹ CGU; AGU. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e a Braskem S.A.* Brasília: CGU; AGU. 2019. Disponível em: < <https://bit.ly/3eSarSW> >. Acesso: 01 maio 2021.

¹⁰ CGU; AGU. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e as empresas Construtora OAS S.A. – em Recuperação judicial, Coesa Engenharia Ltda., OAS Logística e Comércio Exterior S.A., OAS Óleo e Gás S.A., OAS Empreendimentos S.A. – em Recuperação Judicial, OAS Defesa S.A., OAS Energy GmbH, OAS African Investments Ltd., OAS Central America Investing Limited (BVI), e OAS S.A. – em Recuperação Judicial.* Brasília: CGU; AGU. 2019. Disponível em: < <https://bit.ly/2RjtWeF> >. Acesso: 01 maio 2021.

¹¹ CGU; AGU. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e as empresas Nova Engevix Engenharia e Projetos S.A., Nova Engevix Construções e Montagens S.A.,*

Signatária	Cláusula de Adesão de Pessoas Físicas	Data do Acordo
	<p>peças físicas relacionadas no ANEXO VII será formalizada mediante assinatura do Termo constante no ANEXO VIII, dirigido à CGU, sob sigilo, no prazo de até 30 (trinta) dias, contados a partir da data da celebração deste Acordo, cabendo às RESPONSÁVEIS COLABORADORAS realizar as respectivas comunicações com as pessoas físicas constantes do referido ANEXO VII”.</p>	

Fonte: Elaboração da autora.

A presença de cláusulas de adesão para pessoas físicas nos acordos mais recentes firmados por CGU e AGU, mesmo diante da omissão legislativa, indica uma atuação proativa das referidas autoridades, e reflete um posicionamento favorável em relação à possibilidade de adesão de indivíduos aos acordos celebrados com pessoas físicas. Nesse sentido, tal decisão discricionária das autoridades pode ser considerada um indicativo de que haveria, de fato, uma lacuna na legislação referente aos Acordos de Leniência Anticorrupção.

3.2. Da adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência celebrados por pessoas jurídicas com o MP

3.2.1 Da teoria e da doutrina sobre adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência do MP celebrados por pessoas jurídicas

Como já mencionado, em tese, o instrumento de colaboração disponível a pessoas físicas seria o Acordo de Colaboração Premiada, o qual garante apenas benefícios na esfera criminal. Contudo, Athayde fala da existência de uma “zona cinzenta”, que consistiria em “hipótese intermediária entre os Acordos de Colaboração Premiada e os Acordos de Leniência do MP, a partir da qual é possível conceder benefícios

Ecovix Construções Oceânicas, Infravix Participações S.A. e Nova Participações S.A. Brasília: CGU; AGU. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3aWRaOP>>. Acesso: 01 maio 2021.

criminais a pessoas físicas de menor culpabilidade que adiram ao Acordo de Leniência celebrado pela pessoa jurídica”¹².

A ideia de zona cinzenta considera que, no contexto de uma infração, existem pessoas físicas envolvidas que possuem menor grau de culpabilidade, ou seja, que não tiveram papel de liderança no cometimento da infração (por exemplo, motoristas, secretárias e executivos sem poder de decisão). Assim, nesses casos, o MP permite a adesão da pessoa física de menor culpabilidade ao acordo de leniência firmado com pessoa jurídica. Em troca de sua cooperação com a investigação, o indivíduo se beneficia de repercussões criminais subsidiárias, em razão da não propositura de ação penal.

Na Nota Técnica nº 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR), o MP afirma que a extensão dos benefícios do acordo de leniência firmado com a pessoa jurídica às pessoas físicas envolvidas no ilícito pode configurar instrumento relevante e útil à investigação, a depender do caso:

É certo que a custódia de documentação referente a transações e pagamentos espúrios imputados a pessoas jurídicas pertence à pessoa jurídica responsável; no entanto, a efetivação física e concreta dos ilícitos, no mundo material, em benefício da pessoa jurídica, ocorre com a imprescindível atuação de pessoas físicas, como acionistas, executivos, empregados, prepostos ou contratados, os quais igualmente detêm conhecimento de detalhes e informações em função da prática concreta dos atos ilícitos¹³.

Com efeito, para o MP, a extensão da negociação do acordo às pessoas físicas não só se mostra relevante para o *enforcement* da legislação, como teria uma justificativa de ordem prática e jurídica: dado que o MP é o legitimado exclusivo da ação penal pública, a permissão da possibilidade de adesão de pessoas físicas ao acordo de leniência com a pessoa jurídica consistiria, justamente, na aplicação concreta do direito à ampla defesa. Dessa forma, a pessoa física envolvida no ilícito fará jus não somente a benefícios penais, decorrentes de colaboração premiada, mas também a benefícios no campo cível.

¹² ATHAYDE. Op. Cit. p. 339.

¹³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica nº 01/2017 da 5ª CCR*. Brasília: nov. 2017b. Disponível em: <<https://bit.ly/2H96f3J>>. Acesso em: 15 set. 2020. p. 13-14.

No entendimento do *Parquet*, se assim não fosse, o exercício da defesa das pessoas físicas em âmbito criminal poderia ficar limitado, visto que muitas vezes estas agem influenciadas pela organização da empresa infratora:

Afigura-se injusto permitir à empresa, que auferiu ganhos relevantes com as práticas lesivas, obter vantagens por acionar os instrumentos cooperativos de defesa aceitos pelo sistema jurídico, mas impedir pessoas naturais, que também serviram ao ente moral e envolvidas nos ilícitos, de se valerem de meio similar em relação ao mesmo conjunto fático infracional¹⁴.

Por sua vez, a Orientação nº 07/2017 da 5ª CCR fez breve menção à possibilidade de celebração de acordo de leniência por pessoas físicas, ressalvando que, caso houvesse interesse na celebração de acordo de colaboração premiada, o início das negociações do acordo de leniência deveria se dar concomitantemente ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada.

Já a Orientação Conjunta nº 01/2018, da 2ª e 5ª CCR, conforme a análise de Batich, Mazzini e El Rafih¹⁵, buscou estimular o acordo conjunto ao prever, aos celebrantes de acordo de colaboração premiada, a possibilidade de concessão de benefícios na esfera cível. Entre os efeitos cíveis, foram listados: i) não proposição de ações civis públicas de reparação da Lei Anticorrupção; ii) suspensão do trâmite processual ou da execução das sentenças condenatórias obtidas em ações de improbidade administrativa, a partir do cumprimento e satisfação dos termos do acordo; e iii) estipulação de cumprimento voluntário de penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) ou na Lei Anticorrupção.

Posteriormente, com a vigência do chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que alterou alguns dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, passou-se a admitir a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos do art. 17, §1º, do referido diploma. Ressalta-se que o dispositivo não faz qualquer distinção entre pessoas

¹⁴ Ibidem. p. 14.

¹⁵ BATICH, Filipe Lovato; MAZZINI, Milena Coimbra; EL RAFIH, Rhasmye. A consolidação da participação de pessoas físicas nos acordos de leniência. *Consultor Jurídico*, 14 jul. 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/2HkcvG7> >. Acesso em: 20 set. 2020.

físicas e jurídicas, podendo-se concluir, portanto, pela possibilidade de celebração de acordo com pessoas físicas.

Por fim, em 06 de maio de 2020, o MP emitiu a Nota Técnica nº 01/2020 da 5ª CCR. A referida publicação consistiu em tentativa de estabelecer os fundamentos do regime jurídico aplicável às adesões de pessoas físicas, no âmbito do Programa de Leniência do MP. De acordo com o *Parquet*, essa necessidade de definir soluções sobre o tratamento das pessoas físicas envolvidas em ilícitos de corrupção surgiu da “crescente complexidade das práticas corruptivas sistêmicas e endêmicas evidenciadas no seio do aparelho estatal brasileiro”¹⁶, e se tornou cada vez mais premente com os desdobramentos da Operação Lava Jato.

Ademais, segundo o MP, outra justificativa para a edição de tal normativo seria a necessidade de uma solução coerente e unitária para os colaboradores, pessoas físicas e jurídicas, em nome da previsibilidade e da segurança jurídica. Um dos instrumentos criados para esse fim foi o “Termo de Aquiescência” por parte de membros do *Parquet* não celebrantes, que garante que o uso dos elementos de prova fornecidos pelos colaboradores está condicionado à definição prévia de parâmetros para os benefícios a serem atribuídos no acordo de leniência.

O documento buscou, ainda, enfatizar a necessidade de tratamento isonômico às pessoas físicas aderentes, devendo a concessão de benefícios ser baseada nas circunstâncias de cada colaborador, nos elementos de corroboração apresentados, nos fatos ilícitos descortinados e na utilidade da contribuição para as investigações.

Ademais, a Nota Técnica nº 01/2020 também estabelece orientações para os casos de acordos de leniência com repercussões criminais, tratando, inclusive, da competência do juízo criminal para a homologação do acordo. Nesse sentido, destacou-se que a competência no caso concreto deve ser estabelecida de acordo com as regras da legislação processual penal, devendo haver a priorização do juiz criminal da homologação da colaboração premiada originária.

¹⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica nº 01/2020 da 5ª CCR*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/3iPK40C>>. Acesso em: 03 set. 2020. p. 3.

3.2.2 Dos casos concretos de adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência do MP celebrados por pessoas jurídicas

Como se viu, a partir dos novos desafios trazidos pela Operação Lava Jato ao Programa de Leniência do MP, com a crescente complexidade das práticas de corrupção, surgiu a necessidade de se buscarem soluções de tratamento para as pessoas físicas envolvidas nas práticas infrativas. Nesse contexto, criou-se a possibilidade de celebração de Termos de Adesão ou Subscrição de pessoas físicas ao Acordo de Leniência.

Alguns dos Acordos de Leniência do MP que previram a possibilidade de adesão por pessoas físicas ocorreram no âmbito da Operação Lava Jato, como os acordos da Camargo Corrêa, da Carioca, da Braskem e da Andrade Gutierrez, bem como da CIA Paranaense e da Samsung, sendo que estes últimos incluíram diferença de tratamento para indivíduos considerados de grave culpabilidade. Segue um resumo no quadro abaixo:

Quadro 2 - Cláusulas de adesão de pessoas físicas em Acordos de Leniência do MP

Signatária	Cláusula de Adesão de Pessoas Físicas	Data do Acordo
Camargo Corrêa ¹⁷	“Cláusula 5ª. (...) Parágrafo 2º. Poderão aderir ao presente Acordo de Leniência quaisquer prepostos da COLABORADORA que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da homologação judicial deste termo, no limite dos ilícitos penais por eles reconhecidos em termos prestados perante órgão de investigação interna da COLABORADORA a serem entregues por ocasião da adesão”.	Ago. 2015
Carioca ¹⁸	“Cláusula 5ª. (...) Parágrafo 2º. Poderão aderir ao presente Acordo de Leniência quaisquer prepostos, empregados ou	Out. 2015

¹⁷ MPF. *Termo de Leniência – Camargo Corrêa*. Curitiba: MPF. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3unLoxD>>. Acesso em: 01 maio 2021.

¹⁸ MPF. *Termo de Leniência – Carioca*. Curitiba: MPF. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2PGhup7>>. Acesso em: 01 maio 2021.

Signatária	Cláusula de Adesão de Pessoas Físicas	Data do Acordo
	contratados da COLABORADORA que, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da homologação judicial deste termo, no limite dos ilícitos penais por eles reconhecidos em termos prestados perante órgão de investigação interna da COLABORADORA a serem entregues por ocasião da adesão”.	
Braskem ¹⁹	“Cláusula 5ª. (...) §3º. Poderão aderir ao presente Acordo de Leniência, e assim obter todos os benefícios de que trata este Acordo, especialmente as alíneas ‘c’ a ‘h’ dos incisos da Cláusula 8ª, os Prepostos que, no prazo indicado no §5º desta Cláusula, manifestem sua intenção de adesão, no limite dos fatos ilícitos por eles reconhecidos (...)”.	Dez. 2016
Andrade Gutierrez ²⁰	<p>“Cláusula 11ª. No prazo de até 200 (duzentos) dias a partir da homologação deste Acordo pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, as COLABORADORAS entregarão ao MPF os termos de manifestação de intenção de adesão a este Acordo para efeitos penais por parte de qualquer Preposto, sempre acompanhado de advogado, que deseje recebimento dos benefícios previstos neste Acordo e na legislação pertinente.</p> <p>§1º. Qualquer Preposto das COLABORADORAS poderá, independentemente desta, solicitar a adesão a este Acordo para efeitos penais, desde que acompanhado de advogado.</p> <p>§2º. Caberá ao Ministério Público Federal, a juízo de sua inteira conveniência e oportunidade, decorrente da titularidade exclusiva da ação penal pública, conferir</p>	Fev. 2019

¹⁹ MPF. *Termo de Leniência – Braskem*. Curitiba: MPF. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3e9MoQ3>>. Acesso em: 01 maio 2021.

²⁰ MPF. *Termo de Leniência – Andrade Gutierrez*. Recife: MPF. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3ecoyDs>>. Acesso em: 01 maio 2021.

Signatária	Cláusula de Adesão de Pessoas Físicas	Data do Acordo
	imunidade ou outro benefício legalmente previsto a quem a solicitar, mediante pleito de adesão a este documento.”	
CIA Paranaense, MLR Locações e Televisão Icarai ²¹	“Parágrafo 4º. O Ministério Público competente avaliará de boa-fé a proposta de adesão dos PREPOSTOS das COLABORADORAS, podendo negá-la quando a conduta se revele de grave culpabilidade, em razão de seu grau de responsabilidade, ou por outras circunstâncias relevantes a critério do Ministério Público, situação em que as informações e provas entregues com a proposta serão devolvidas e não serão utilizadas para quaisquer fins, sob pena de ilicitude da prova”.	Mai 2020
Samsung Heavy Industries ²²	“Parágrafo 4º. O MPF avaliará de boa-fé a proposta de adesão dos PREPOSTOS da COLABORADORA, podendo negá-la quando a conduta se revele de grave culpabilidade, em razão de seu grau de responsabilidade, ou por outras circunstâncias relevantes a critério do MPF, situação em que as informações e provas entregues com a proposta serão devolvidas e não serão utilizadas para quaisquer fins, sob pena de ilicitude da prova”.	Fev. 2021

Fonte: Elaboração da autora.

Segundo o entendimento do Ministério Público Federal (MPF), a adesão de pessoas físicas aos acordos de leniência celebrados com pessoas jurídicas já consistiria em prática institucional consolidada, sendo essencial para o cumprimento das atribuições do órgão no âmbito do combate à corrupção. Nesse sentido, para o MPF, a adesão seria

²¹ MPF. *Termo de Leniência – CIA Paranaense, MLR e Televisão Icarai*. Curitiba: MPF. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3eKOJAa>>. Acesso em: 01 maio 2021.

²² MPF. *Termo de Leniência – Samsung*. Curitiba: MPF. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3nFdbXz>>. Acesso em: 01 maio 2021.

instrumento garantidor da efetividade da colaboração no âmbito dos acordos, em especial diante do silêncio da legislação acerca do assunto.

3.3. Da legitimidade (ou não) da autoridade para permitir a adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência celebrados por pessoas jurídicas

Tendo-se observado a justificativa teórica e a prática que vêm sendo adotadas por CGU, AGU e MP, cabe verificar se as referidas autoridades de fato possuem legitimidade para aplicar as cláusulas de adesão de pessoas físicas aos acordos celebrados, diante da ausência de previsão dessa possibilidade na respectiva legislação.

Com efeito, a justificativa utilizada para a adoção da cláusula ante a omissão da lei se baseia na aplicação dos princípios da segurança jurídica e do interesse público. Como afirmado pelo MP:

A celebração de Acordo de Leniência no Ministério Público Federal com a possibilidade de subscrição ou adesão de pessoas físicas pode ser considerada prática institucional consolidada, *indispensável para o atendimento do interesse público anticorrupção*, no cumprimento das atribuições constitucionais do Parquet.

(...)

A previsão de parâmetros de concessão de benefícios para pessoas físicas aderentes, no texto do Acordo de Leniência com Adesões, serve para aumentar o grau de previsibilidade dos sujeitos colaboradores, na decisão individual a ser tomada. Haverá um “Acordo-quadro”, referencial da forma como a Instituição do Parquet deverá ou poderá conduzir os desdobramentos da execução da leniência, relativamente às pessoas físicas. *É uma forma de disciplinar os benefícios para o contexto da específica situação objeto da colaboração, por meio da identificação de benefícios e seus condicionamentos, propiciando maior segurança jurídica e isonomia no processamento das Adesões*²³.

²³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica nº 01/2020 da 5ª CCR*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3iPK40C>>. Acesso em: 03 set. 2020. p. 10 e 50.

Para Nunes²⁴, as constantes mudanças nos valores perseguidos pela sociedade inevitavelmente exigiriam a compatibilização entre as novas demandas sociais e as normas, os princípios e os direitos fundamentais que regem o ordenamento jurídico. Em seu entendimento, essa premissa justificaria, por exemplo, a competência do Ministério Público para firmar acordo de leniência, matéria que ainda hoje suscita controvérsias. Tal competência se daria com base na chamada “teoria dos poderes implícitos”, proveniente do direito norte-americano, mais especificamente do julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

De acordo com a referida teoria, “se a Constituição atribuiu a um órgão uma atividade-fim, deve-se compreender que também conferiu, implicitamente, todos os meios e poderes necessários para a consecução desta atribuição ou atividade”²⁵.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou adotando integralmente tal teoria. É o que se verifica de trecho de julgado de relatoria do Ministro Celso de Mello, segundo o qual “(...) a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”²⁶.

Nesse sentido, considerando os possíveis benefícios trazidos à investigação pela adesão de pessoas físicas aos acordos firmados com pessoas jurídicas, entende-se que seria aqui também aplicável a mencionada teoria dos poderes implícitos. Tendo em vista que a atribuição constitucional do MP está relacionada à defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, e que a adesão de indivíduos poderia trazer significativas contribuições para as investigações no âmbito da Lei Anticorrupção, então se entende possível concluir que tal adesão pode ser considerada instrumento legítimo a ser utilizado pelo MP no contexto do Programa de Leniência.

²⁴ NUNES, Leandro Bastos. A competência do Ministério Público para firmar acordo de leniência. *Âmbito Jurídico*, 01 mar. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3m3UtXt>>. Acesso em: 18 out. 2020.

²⁵ DRUMOND, Thomaz Carneiro. O que é a teoria dos poderes implícitos? *JusBrasil*, 7 set. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3ulGJeX>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

²⁶ STF – Supremo Tribunal Federal. *MS 26.547-MC/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, j. 23 maio 2007, DJ de 29 maio 2007.

Já no que diz respeito à CGU, não obstante sua função não esteja prevista constitucionalmente, é possível aplicar o mesmo raciocínio de interpretação sistêmica e evolução das demandas sociais. Se há de fato benefícios da adesão para o Programa de Leniência e se a adoção de cláusulas de adesão está em linha com os princípios e valores perseguidos pelas autoridades responsáveis pela Leniência, entende-se que o referido raciocínio é aplicável.

4. Das repercussões da experiência de adesão de pessoas físicas aos acordos de leniência anticorrupção e do MP celebrados por pessoas jurídicas

4.1. Das possíveis repercussões negativas da extensão dos benefícios do acordo

Antes de adentrar nos impactos positivos da adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP celebrados por pessoas jurídicas, cabe ponderar se haveria possíveis repercussões negativas da extensão dos benefícios dos referidos acordos às pessoas físicas.

O primeiro impacto negativo de que se poderia cogitar está relacionado à legalidade da prática. Observa-se que, no caso do Acordo de Leniência Anticorrupção, por exemplo, a Lei nº 12.846/2013 é clara ao determinar que o acordo de leniência poderá ser celebrado com as *pessoas jurídicas* responsáveis pela conduta. Nesse sentido, a admissão de pessoas físicas no âmbito do acordo poderia ser apontada como violação de diretriz legislativa explícita, uma vez que ultrapassa o quanto positivado na lei, o que poderia contribuir para certa insegurança jurídica em relação à legislação que disciplina os Acordos de Leniência Anticorrupção.

O mesmo poderia ser afirmado em relação ao Acordo de Leniência do MP. Com efeito, a própria competência do MP para celebrar Acordos de Leniência já é questionada com base no princípio da legalidade, como já mencionado na seção 3.3 deste artigo, tendo em vista a ausência de previsão dessa competência na legislação específica.

Por outro lado, em especial no caso do Acordo de Leniência do MP, poder-se-ia falar que a permissão da adesão de pessoas físicas a acordos de leniência celebrados por pessoas jurídicas constituiria desvio de finalidade da ferramenta disponibilizada pela lei, quando se considera que o ordenamento já oferece a colaboração premiada como ferramenta

específica para a colaboração de pessoas físicas, em troca de benefícios no âmbito penal.

Contudo, entende-se que as repercussões positivas da adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP, as quais serão exploradas na próxima seção, são mais do que suficientes para compensar possíveis inconsistências decorrentes dessa adesão, devendo o enunciado legislativo ser reinterpretado conforme as novas necessidades que se impõem frente à evolução dos instrumentos de colaboração.

4.2. Das possíveis repercussões positivas da extensão dos benefícios do acordo

4.2.1 Das repercussões positivas para pessoas físicas

Primeiramente, é necessário ressaltar os benefícios óbvios da adesão para as pessoas físicas, as quais são diretamente beneficiadas. Uma vez que não há previsão legal para a participação de pessoas físicas nos Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP, o indivíduo fica altamente exposto e vulnerável na esfera criminal, o que representa claro desincentivo à colaboração com a investigação, e tem como consequência a redução da atratividade do Programa de Leniência²⁷.

Como ensina Lins²⁸, como regra, as vantagens extensíveis às pessoas físicas decorrentes de acordos de leniência se restringem às esferas administrativa e civil, limitando-se ao âmbito de competência das autoridades celebrantes. É o que se observa no Programa de Leniência Antitruste, por exemplo. Contudo, com a adesão de indivíduos às Leniências Anticorrupção e do MP, tal problema é mitigado, visto que, de um lado, o Programa de Leniência do MP já atribui benefícios criminais às pessoas físicas aderentes e, de outro, no Programa de Leniência Anticorrupção, verifica-se que, como regra geral, é pressuposto para a adesão ao acordo de leniência que a pessoa física celebre também a colaboração premiada, resguardando-se igualmente na esfera criminal.

²⁷ MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 6, n. 2, 2019.

²⁸ LINS. Op. Cit.

4.2.2 Das repercussões positivas para as pessoas jurídicas

Há também que se destacar que a possibilidade de adesão de pessoas físicas aos acordos firmados por pessoas jurídicas também traz benefícios a estas. Como destacado pelo MP, na Nota Técnica nº 01/2020,

a ausência ou não previsão de extensão dos efeitos da leniência à esfera penal, cível e outras esferas administrativas são fatores que pesam fundamentalmente na análise custo-benefício que os coautores (pessoas jurídicas e físicas) de atos de corrupção realizam antes de apresentarem pedidos de participação no programa de leniência²⁹.

Segundo Athayde³⁰, um fator que contribui para esse desincentivo é a própria composição tipicamente familiar das empresas brasileiras, em que as pessoas físicas mais facilmente se confundem com a pessoa jurídica. Como ensina a autora, a empresa pode se sentir desencorajada a celebrar Acordo de Leniência sabendo que isso implicaria entregar alguém do núcleo familiar que comanda a empresa, uma vez que estes ficariam expostos criminalmente.

Nesses casos, a ausência de proteção criminal dos indivíduos integrantes da empresa impõe sérios riscos à sobrevivência desta, de modo que não há incentivos a que a pessoa jurídica procure o Programa de Leniência.

Ainda que não se trate de empresa familiar, verifica-se que, muitas vezes, os indivíduos responsáveis por condutas infrativas ocupam cargos do alto escalão das empresas. De toda sorte, não há que se dizer que os dirigentes e administradores só serão punidos se tiverem conhecimento ou tenham participado da conduta, visto que a Lei Anticorrupção, em seu art. 2º, *caput*, c/c com o art. 3º, § 1º, é clara a estabelecer que “o simples interesse ou benefício é motivo suficiente para aplicação de sanções, não tendo a norma, em momento algum, exigido a ciência da conduta lesiva”³¹. Diante desse cenário, não há interesse por

²⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica nº 01/2020 da 5ª CCR*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/3iPK40C>>. Acesso em: 03 set. 2020. p. 11.

³⁰ ATHAYDE. Op. Cit.

³¹ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial

parte do corpo diretivo da empresa em denunciar seus integrantes ou a si mesmos. Nesse mesmo sentido, Magalhães ensina:

se a pessoa jurídica vai celebrar acordo, apontar culpados, oferecer informações ou documentos e cooperar plenamente com as investigações, é certo que tais condutas só podem ser materializadas por pessoas físicas, notadamente seus gestores mais graduados, que detêm – ou pelo menos deveriam deter – o conhecimento das decisões estratégicas e das relações com o poder público, estando, assim, aptos a prestar colaboração de forma eficiente.

(...)

quanto mais colaborar o dirigente ou administrador, mais reduzida ficará eventual sanção pecuniária a ser imputada à pessoa jurídica, e mais implicado ficará o delator na esfera criminal³².

Ademais, ainda que haja a possibilidade de negociação e celebração paralela de acordo de leniência com CGU e AGU, de um lado, e com o MP de outro, é certo que isso implicaria um aumento significativo dos custos de envolvidos na transação, criando um outro tipo de desincentivo à delação.

Assim, ante as razões expostas, entende-se que a adoção da cláusula de adesão de pessoas físicas é ferramenta essencial para a manutenção da atratividade do Programa de Leniência para as pessoas jurídicas e, conseqüentemente, para a sua efetividade enquanto instrumento de investigação, como se verá no item a seguir.

4.2.3 Das repercussões positivas para as autoridades negociadoras e para a sociedade em geral

Com base nas experiências brasileira e internacional na construção e condução de Programas de Leniência, tem-se que os Acordos de Leniência configuram não só relevantes instrumentos de obtenção de prova, mas também importantes ferramentas de dissuasão de

brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 11, n. 2, p. 24-46, 2013. p. 35

³² *Ibidem*. p. 34-35.

práticas delitivas. Segundo Batich³³, esse fator dissuasório advém do elemento de instabilidade criado, no âmbito de esquemas com associação de agentes, pela possibilidade de denúncia da infração por um dos infratores.

No âmbito dessa dinâmica, é inegável que as pessoas físicas exercem um papel essencial na consecução de uma política pública efetiva, pois, por terem participado da infração, elas serão capazes de fornecer uma gama maior de informações, evidências e detalhes para o cenário investigativo³⁴.

Portanto, faz-se necessário mencionar que a possibilidade de adesão de pessoas físicas a acordos de leniência firmados por pessoas jurídicas pode resultar em importantes benefícios para a investigação em si e, conseqüentemente, para a sociedade em geral.

Com efeito, as pessoas físicas aderentes aos acordos muitas vezes tiveram papel central no contexto da conduta investigada, de modo que se tornam essenciais para a compreensão de todos os aspectos da prática. Nesse sentido, há uma ampliação significativa do conhecimento dos fatos investigados e abarcados pelo acordo de leniência, o que contribui para efetividade do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal, bem como para o alcance das finalidades do Programa de Leniência³⁵.

De acordo com Marrara, a omissão da Lei nº 12.846/13 quanto a pessoas físicas é uma das grandes falhas do regime de leniência anticorrupção brasileiro. Isso, porque “as pessoas jurídicas são meras ficções movidas, na realidade, por pessoas físicas”, de modo que, diante da ausência de benefícios decorrentes da leniência, “os administradores ou proprietários dificilmente se disporão a impulsionar a pessoa jurídica que gerenciam ou possuem a colaborar com o Estado”³⁶. Assim, em

³³ BATICH, Filipe Lovato; MAZZINI, Milena Coimbra; EL RAFIH, Rhasmye. A consolidação da participação de pessoas físicas nos acordos de leniência. *Consultor Jurídico*, 14 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2HkcvG7>>. Acesso em: 20 set. 2020.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica nº 01/2020 da 5ª CCR*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3iPK40C>>. Acesso em: 03 set. 2020.

³⁶ MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MARRARA, Thiago (Coord). *Lei Anticorrupção Comentada*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 191.

última instância, tal omissão pode prejudicar a efetividade e até mesmo a continuidade do Programa de Leniência.

5. Considerações Finais

Por todo exposto, entende-se que, não obstante, pela lógica do ordenamento, a ausência de menção a pessoas físicas na legislação pareça ter sido intencional, buscando reservar para aqueles instrumentos próprios, entende-se que essa omissão configura clara lacuna legislativa. De fato, não foram identificadas justificativas plausíveis, ou possíveis impactos negativos que, quando sopesados com os impactos positivos, justificassem a escolha de deixar as pessoas físicas de fora dos acordos de leniência anticorrupção e do MP. Assim, a possibilidade de adesão de indivíduos apresenta, acima de tudo, repercussões para o Programa de Leniência, uma vez que beneficia pessoas físicas, pessoas jurídicas e as próprias autoridades investigadoras.

Ainda, é imperioso ressaltar que ausência de previsão legal da adesão de pessoas físicas aos Acordos de Leniência Anticorrupção e do MP gera sobretudo um problema de segurança jurídica: em primeiro lugar, em razão da situação de vulnerabilidade a que está sujeita a pessoa física ligada à empresa colaboradora; e, em segundo lugar, pelo fato de cláusulas de adesão de pessoas físicas já estarem sendo implementadas na prática por CGU, AGU e MP, de modo que há um risco associado à ausência de norma legal que estabeleça as diretrizes básicas para o tratamento igualitário de todas as pessoas físicas aderentes.

Nesse sentido, entende-se ser acertada a opção de CGU, AGU e MP em adotar cláusulas de adesão em casos concretos, e principalmente a iniciativa do MP em buscar regulamentar o instituto da adesão por meio de Notas Técnicas, entre outros instrumentos normativos. Não há que se argumentar que o *Parquet* estaria usurpando da função de legislador, visto que está agindo somente no sentido de cumprir a função que lhe fora constitucionalmente designada. Com efeito, a realidade apresenta desafios que muitas vezes podem não estar explícitos na legislação. Embora isso deva ser feito com extremo cuidado, sob pena de prejuízo à segurança jurídica, é necessário que, quando diante das peculiaridades da aplicação da legislação, as autoridades competentes possam agir de forma proativa no sentido de adotar interpretação sistêmica e buscar mitigar as lacunas legislativas.

Conforme ressaltado por Lins³⁷, não há nenhuma ilegalidade nessa postura, uma vez que, se é possível firmar acordos individuais de não persecução com pessoas físicas, não haveria óbice a que a transação fosse feita por meio de adesão a Acordos de Leniência firmados por pessoas jurídicas. Tal possibilidade seria, inclusive, esperada, justamente por uma questão de coerência sistêmica.

6. Referências

ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

BATICH, Filipe Lovato; MAZZINI, Milena Coimbra; EL RAFIH, Rhasmye. A consolidação da participação de pessoas físicas nos acordos de leniência. *Consultor Jurídico*, 14 jul. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2HkcvG7>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BEZERRA JÚNIOR, Ademar Mendes. Leniência anticorrupção e a (in)segurança jurídica na tutela da moralidade administrativa. *Migalhas*, 01 set. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3mDWniR>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica nº 01/2020 da 5ª CCR*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3iPK40C>>. Acesso em: 03 set. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Orientação nº 07/2017: Acordos de Leniência*. Brasília: MPF, 2017a. Disponível em: <<https://bit.ly/3hIUL3C>>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Nota Técnica nº 01/2017 da 5ª CCR*. Brasília: nov. 2017b. Disponível em: <<https://bit.ly/2H96f3J>>. Acesso em: 15 set. 2020.

CGU – Controladoria-Geral da União; AGU – Advocacia-Geral da União. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e a Braskem S.A.* Brasília: CGU; AGU. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3eSarSW>>. Acesso: 01 maio 2021.

_____. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e as empresas Construtora OAS S.A. – em Recuperação judicial, Coesa Engenharia Ltda., OAS Logística e Comércio Exterior S.A., OAS Óleo e Gás S.A., OAS Empreendimentos S.A. – em Recuperação Judicial,*

³⁷ LINS. Op. Cit.

OAS Defesa S.A., OAS Energy GmbH, OAS African Investments Ltd., OAS Central America Investing Limited (BVI), e OAS S.A. – em *Recuperação Judicial*. Brasília: CGU; AGU. 2019. Disponível em: < <https://bit.ly/2RjtWeF> >. Acesso: 01 maio 2021.

_____. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e as empresas Nova Engevix Engenharia e Projetos S.A., Nova Engevix Construções e Montagens S.A., Ecovix Construções Oceânicas, Infravix Participações S.A. e Nova Participações S.A.* Brasília: CGU; AGU. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3aWRaOP>>. Acesso: 01 maio 2021.

_____. *Acordo de Leniência firmado entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e as empresas que integram o grupo econômico da Odebrecht.* Brasília: CGU; AGU. 2018. Disponível em: < <https://bit.ly/3vB2Ui0> >. Acesso: 01 maio 2021.

DRUMOND, Thomaz Carneiro. O que é a teoria dos poderes implícitos? *JusBrasil*, 7 set. 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/3ulGJeX> >. Acesso em: 04 abr. 2021.

LINS, Raniere Rocha. *Consensualidade e o enfrentamento à corrupção: diagnóstico dos espaços de consenso na prevenção e repressão de atos corruptivos à luz da Lei nº 12.846/2013*. 2020. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Direito Público, Brasília, 2020.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, v. 11, n. 2, p. 24-46, 2013.

MARRARA, Thiago. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 6, n. 2, 2019.

_____. Comentários ao art. 16º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MARRARA, Thiago (Coord). *Lei Anticorrupção Comentada*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MPF – Ministério Público Federal. *Termo de Leniência – Samsung*. Curitiba: MPF. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3nFdbXz>>. Acesso em: 01 maio 2021.

_____. *Termo de Leniência – CIA Paranaense, MLR e Televisão Icarai*. Curitiba: MPF. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3eKOJAa>>. Acesso em: 01 maio 2021.

_____. *Termo de Leniência – Andrade Gutierrez*. Recife: MPF. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3ecoyDs>>. Acesso em: 01 maio 2021.

_____. *Termo de Leniência – Braskem*. Curitiba: MPF. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/3e9MoQ3>>. Acesso em: 01 maio 2021.

_____. *Termo de Leniência – Carioca*. Curitiba: MPF. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2PGhup7>>. Acesso em: 01 maio 2021.

_____. *Termo de Leniência – Camargo Corrêa*. Curitiba: MPF. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3unLoxD>>. Acesso em: 01 maio 2021.

NUNES, Leandro Bastos. A competência do Ministério Público para firmar acordo de leniência. *Âmbito Jurídico*, 01 mar. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3m3UtXt>>. Acesso em: 18 out. 2020.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

STF – Supremo Tribunal Federal. *MS 26.547-MC/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, j. 23 maio 2007, DJ de 29 maio 2007.

8. CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TRABALHO OS DESAFIOS NA DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE ANTITRUSTE

8. COMPETITION IN LABOR MARKETS: THE CHALLENGES IN DELIMITING THE ANTITRUST RELEVANT MARKET

Verônica do Nascimento Marques

Resumo: Nos últimos anos, a concorrência nos mercados de trabalho tornou-se um dos focos principais de preocupação de estudiosos e autoridades antitruste ao redor do mundo, fazendo surgir a necessidade de se adaptar o clássico ferramental da análise concorrencial à realidade destes mercados. O presente artigo investiga, por meio do método exploratório-dogmático, os desafios para a delimitação do mercado relevante de trabalho, tendo em vista as peculiaridades que permeiam a relação laborativa.

Palavras-chave: análise antitruste. mercado de trabalho. mercado relevante. distância de deslocamento dos trabalhadores. elasticidade da oferta de trabalho.

Abstract: In recent years, competition in labor markets has become a major focus of concern for scholars and antitrust authorities around the world, giving rise to the need to adapt the traditional antitrust tools to the reality of these markets. This article investigates, through the exploratory-dogmatic method, the challenges for the delimitation of the relevant labor market, bearing in mind the peculiarities that permeate the working relationship.

Key words: antitrust analysis. labor market. relevant market. commuting distance of workers. labor supply elasticity.

1. Introdução

Conforme anotado por Paula Forgioni¹, para além da tradicional preocupação com o bem-estar do consumidor, desde o período de formação das primeiras legislações de defesa da concorrência já eram visíveis os efeitos das grandes concentrações de poder econômico também sobre o mercado de trabalho. Isso porque os agentes do mercado, no ímpeto de maximizarem seus lucros por meio da busca por eficiência produtiva, visavam produzir cada vez mais com menos custos, inclusive trabalhistas, o que acabava por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho. Nesse sentido, há, inclusive, referências na história legislativa do *Sherman Act*² de que seu redator, o senador norte-americano John Sherman, expressava preocupação com o fato de que a concentração de poder econômico permitia que os agentes no mercado comandassem o preço da mão-de-obra.³

Não obstante, pode-se dizer que a necessidade de regulação do poder que alguns agentes econômicos dispõem para restringir os salários e a mobilidade dos trabalhadores ganhou destaque dentro da comunidade antitruste em anos recentes, sendo a concorrência nos mercados de trabalho atualmente um dos principais focos de atenção dos entes reguladores e autoridades concorrenciais ao redor do mundo⁴. A esse propósito, Juliana Oliveira Domingues, Amanda Athayde Rivera e

¹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 61.

² O *Sherman Antitrust Act*, editado em 1890 nos Estados Unidos, representa para muitos o ponto de partida do estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Embora não seja propriamente a primeira legislação antitruste do mundo, o diploma norte-americano é visto como o mais significativo para a corporificação da reação contra a concentração do mercado (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 65).

³ POLDEN, Donald. When Rules Don't Apply: Discussion Guide. San Francisco: Filmmakers Collaborative SF, 2019. Disponível em: <https://www.whenrulesdontapply.com/tools>. Acesso em: 11 abr. 2021. p. 7.

⁴ No Brasil, as discussões acerca da concorrência no mercado de trabalho já chegaram ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Em março de 2021, a Superintendência do Cade deflagrou investigação contra diversas empresas do setor de saúde por supostas práticas anticompetitivas no mercado de contratações profissionais, incluindo possíveis acordos de fixação de salários de não contratação, assim como a troca de informações concorrenciais sensíveis relacionadas a remunerações, reajustes salariais e benefícios de empregados.

Nayara Mendonça Silva e Souza, no artigo “O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste”, vencedor do Prêmio IBRAC-TIM 2018 e um dos trabalhos precursores sobre o tema no Brasil, explicam que:

Nos últimos anos, a concentração dos empregadores, o uso intenso - e injustificado - de cláusulas de não concorrência, bem como as evidências empíricas de que houve uma estagnação dos salários e uma concentração do mercado de trabalho, funcionaram como mola propulsora da atividade jurídica e regulatória sobre o tema.⁵

Nesse contexto, assim como em qualquer outra análise antitruste, o exame de condutas anticompetitivas perpetradas por agentes econômicos na perspectiva de empregadores tem como ponto de partida a determinação do conjunto de empresas que competem entre si pela contratação de trabalhadores, isto é, a delimitação do que se convencionou chamar de mercado relevante de trabalho. Contudo, é necessário considerar que o exercício de delimitação do mercado relevante nesses casos esbarra em uma série de desafios, os quais decorrem das próprias particularidades da relação laborativa.

Dessa forma, o presente artigo busca explorar, a partir dos conceitos de distância de deslocamento dos trabalhadores e de elasticidade da oferta de trabalho propostos por Suresh Naidu, Eric Posner e Glen Weyl, parâmetros que poderão ser utilizados pelas autoridades concorrenciais para a definição do mercado relevante de trabalho. Em seguida, será analisada a estrutura econômica única dos mercados laborais, a qual, para além de critérios objetivos e econométricos, também necessitará ser levada em conta pelas autoridades de defesa da concorrência na análise antitruste.

2. O mercado relevante na análise antitruste

Em linhas gerais, o antitruste⁶ pode ser definido como o ramo do direito que se volta à regulação das relações de mercado entre os

⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. O improvável encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste. Prêmio IBRAC-TIM 2018. Revista do IBRAC, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2019a. p. 68.

⁶ Apesar das discussões terminológicas existentes, para efeitos de simplificação, a expressão “direito antitruste” será utilizada como sinônimo de “direito da concorrência”. O termo antitruste foi cunhado no direito norte-americano, em que os chamados *trusts* consistem na formação de grupos econômicos por empresas

agentes econômicos, com vistas a tutelar o pleno exercício do direito à livre concorrência e a reprimir o abuso de poder econômico como instrumento da livre iniciativa, em favor da coletividade. Modernamente, o que se observa é que a tutela da concorrência nas mais diversas jurisdições tem se efetivado por meio de um conjunto de regras relacionadas, a rigor, ao combate de acordos que restringem a competição, do abuso de posição dominante e das tentativas de fechamento de mercados por meio de concentrações empresariais.⁷

Para atingir seu escopo, isto é, tutelar a livre concorrência e reprimir o abuso de poder econômico, o direito antitruste se volta essencialmente à análise, sob a ótica econômica e legal, de como se comportam, concorrencialmente, os agentes que atuam em um dado mercado.⁸ Essa análise, por sua vez, pode se dar de duas formas: preventivamente, no controle das estruturas de mercado, por meio da apreciação de operações de concentração empresarial; ou repressivamente, via controle de condutas, a partir da efetiva investigação e punição de comportamentos anticompetitivos dos agentes econômicos.

Veja-se que, em ambos os casos, seja para investigar uma prática anticompetitiva ou para avaliar os efeitos de um ato de concentração, é necessário, preliminarmente, estabelecer considerações acerca da real dimensão do mercado que está sendo afetado, com vistas a delimitar o universo material e territorial sobre os quais se estabelecerá a análise pelas autoridades de defesa da concorrência.⁹ Por essa razão, a

atuando no mesmo segmento, ou em segmentos relacionados, com vistas a monopolizar os mercados. Apesar de hoje o direito da concorrência dar igual relevo aos controles de condutas (práticas anticompetitivas) e de estruturas, de que a monopolização pelos trustes era exemplo, o impacto da política antitruste nos Estados Unidos foi tamanho que a terminologia direito antitruste ainda é utilizada, por muitos doutrinadores e aplicadores do direito, como sinônimo de direito da concorrência (TAUFICK, Roberto Domingos. Introdução ao Direito da Concorrência. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2014. p. 7-8).

⁷ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

⁸ TAUFICK, Roberto Domingos. Introdução ao Direito da Concorrência. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2014. p. 06.

⁹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 93.

delimitação do mercado relevante é sempre o ponto de partida e o fundamento para a análise antitruste.¹⁰

Paula Forgioni¹¹ define o mercado relevante como sendo aquele em que se travam as relações de concorrência ou no qual atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Nesse sentido, é necessário explicar que o termo mercado é comumente tomado como sinônimo de setor, ou seja, como um ramo de atividade econômica – mercado de doces, de automóveis e de calçados, por exemplo. Quando se fala em mercado relevante, contudo, traz-se uma qualificação ao termo mercado, qual seja o adjetivo relevante, o que altera substancialmente a definição de mercado, tornando-o mais ou menos abrangente que a percepção de setor. Assim, o que a delimitação do mercado relevante faz é elevar a precisão da ideia de mercado, para torná-lo instrumental à análise concorrencial.¹²

Pela teoria clássica, a questão chave explorada na definição do mercado relevante está na pressão competitiva de produtos ou de produtores substitutos, diferenciados por características físicas e espaciais.¹³ Assim, o mercado relevante antitruste é analisado sob a ótica de dois aspectos complementares: o chamado mercado relevante geográfico, que se refere ao espaço físico onde se desenvolvem efetivamente as relações de concorrência, e o mercado relevante material, também denominado mercado do produto, em que a identificação das relações de concorrência é feita tendo em consideração o bem ou serviço que o agente econômico oferece.

Veja-se, pois, que as análises com base nessa teoria clássica, bem como em guias antitruste, como é o caso brasileiro¹⁴, tendem a

¹⁰ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS; Grupo Técnico de Métodos em Economia. Documento de Trabalho n. 001/10: Delimitação de Mercado Relevante. Brasília, nov. 2010. p. 3.

¹¹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211.

¹² TAUFICK, Roberto Domingos. Introdução ao Direito da Concorrência. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2014. p. 50.

¹³ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS; Grupo Técnico de Métodos em Economia. Documento de Trabalho n. 001/10: Delimitação de Mercado Relevante. Brasília, nov. 2010. p. 3-4.

¹⁴ Nesse sentido, nos termos do Documento de Trabalho n. 001/10 do Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: “Na definição do mercado relevante antitruste, limita-se o conjunto de empresas que geram forças competitivas frente a aumentos de preços pelas empresas em foco, ou

definir os mercados relevantes tão somente nas dimensões produto e geográfico, deixando de verificar a perpetração de comportamentos colusivos ou a criação de estruturas concentradas sob a ótica da mão-de-obra e níveis de emprego, isto é, no mercado relevante em sua dimensão trabalho.¹⁵

Tal perspectiva, contudo, se altera em anos recentes, especialmente a partir dos casos que ficaram genericamente conhecidos como *high-tech employees antitrust litigation*. Em setembro de 2009, o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) recebeu relatos de que os CEOs de várias das principais empresas de tecnologia do Vale do Silício – eBay, Lucasfilm, Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar – haviam firmado entre si, sem o conhecimento de seus empregados, os chamados acordos de “não-contratação”, isto é, acordos para não contratarem os funcionários altamente qualificados, como engenheiros e designers, uns dos outros.¹⁶

Em vista de tais fatos, o DOJ ajuizou três ações civis contra as empresas de tecnologia – a primeira contra Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar, a segunda contra eBay e Intuit, e a terceira contra Lucasfilm e Pixar –, alegando que os acordos por elas celebrados impunham restrições diretas à concorrência no mercado de contratações de funcionários técnicos altamente qualificados e, portanto, constituíam violação à legislação antitruste norte-americana.¹⁷

Estes casos se tornaram emblemáticos na medida em que trouxeram uma série de alterações na perspectiva até então adotada

seja, aquelas que participaram de um ato de concentração ou processo administrativo. Este mercado relevante apresenta dimensões de produto e espaço” (*Ibidem*. p. 3).

¹⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Acordos de não contratação: o antitruste e o direito do trabalho. Jota, 17 abr. 2019b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-nao-contratacao-o-antitruste-e-o-direito-do-trabalho-17042019>. Acesso em: 07 mar. 2020.

¹⁶ POLDEN, Donald. When Rules Don’t Apply: Discussion Guide. San Francisco: Filmmakers Collaborative SF, 2019. Disponível em: <https://www.whenrulesdontapply.com/tools>. Acesso em: 11 abr. 2021. p. 6.

¹⁷ LINDSAY, Michael; STILSON, Jaime; BERNHARD, Rebecca. Employers Beware: The DOJ and FTC Confirm that Naked Wage-Fixing and “No-Poaching” Agreements Are Per Se Antitrust Violations. *The Antitrust Source*, dez. 2016. Disponível em: https://www.dorsey.com/~media/Files/NewsResources/News/2016/12/dec16_lindsay.ics. Acesso em: 04 abr. 2021

acerca da aplicação das leis de defesa da concorrência aos mercados laborais¹⁸. Dentre outras, destaca-se a mudança no enfoque acerca da tradicional definição de mercado relevante, o qual passou a ser enxergado também na dimensão do trabalho. Isto porque nestes casos não houve a alegação de que os produtos ou serviços oferecidos pelas empresas competiam entre si, mas sim que os acordos por elas celebrados resultaram em restrições às oportunidades de carreira de seus empregados e, por conseguinte, em impactos em seus salários.¹⁹

Assim, não há dúvidas de que a análise da concorrência nos mercados laborais também tem como ponto de partida a definição do conjunto de trabalhadores afetados por uma prática anticompetitiva ou por um ato de concentração, inaugurando uma nova perspectiva para a delimitação do mercado relevante antitruste: a dimensão do trabalho.

3. Mercado relevante de trabalho: conceito e delimitação

Sob a ótica antitruste, o mercado relevante de trabalho pode ser definido como aquele no qual os agentes econômicos competem entre si para contratar e reter trabalhadores com um conjunto específico de habilidades. De maneira semelhante, Suresh Naidu, Eric A. Posner e Glen Weyl, no premiado²⁰ *paper Antitrust Remedies for Labor Market Power*, conceituam o mercado relevante de trabalho como um conjunto de postos de trabalho entre as quais os trabalhadores podem alternar com relativa facilidade, localizados em uma área geográfica geralmente definida pelo que chamaram de distância de deslocamento dos trabalhadores – em inglês, *commuting distance of workers*.

Em primeiro lugar, é necessário consignar que a definição econômica do mercado relevante de trabalho é totalmente independente do mercado do produto. Em outras palavras, os agentes econômicos que

¹⁸ Para Polden, os casos do Vale do Silício representam a ação mais importante das autoridades norte-americanas acerca da aplicação das leis antitruste ao mercado de trabalho. (POLDEN, Donald. *When Rules Don't Apply: Discussion Guide*. San Francisco: Filmmakers Collaborative SF, 2019. Disponível em: <https://www.whenrulesdontapply.com/tools>. Acesso em: 11 abr. 2021. p. 7).

¹⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. O improvável encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste. Prêmio IBRAC-TIM 2018. Revista do IBRAC, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2019a. p. 76.

²⁰ O *paper Antitrust Remedies for Labor Market Power* foi premiado pela E-Concurrences como a melhor publicação em matéria antitruste de 2019.

competem para contratar o mesmo tipo de empregados são concorrentes no mercado relevante na dimensão do trabalho, mesmo que não o sejam na dimensão do produto.

Para ilustrar, retomando os casos *high-tech employees* explicado acima, no julgamento das empresas eBay, Inc. e Intuit, Inc.²¹, a Corte do Estado da Califórnia reconheceu a existência de conduta colusiva por parte das empresas no mercado de contratação de engenheiros de computação especializados, a despeito de estas não serem concorrentes no mercado do produto, uma vez que, enquanto a Intuit desenvolve softwares e programas de computador, o eBay é uma plataforma online voltada para o comércio eletrônico de bens novos e usados. Ou seja, as empresas não possuem qualquer relacionamento competitivo no mercado de produtos, porém, no mercado laboral, competem por trabalhadores com a mesma qualificação e treinamento técnico.²²

No mais, do conceito trazido acima extrai-se que, tal qual ocorre no mercado relevante do produto, o mercado relevante de trabalho também apresenta uma dimensão geográfica, referente à medida do quão longe um indivíduo está disposto a se deslocar para trabalhar, e uma dimensão material, relativa ao conjunto de trabalhos e funções dentre os quais o trabalhador pode permutar tendo em vista suas habilidades e qualificação, o que, em certa medida, se aproxima da ideia de intercambialidade²³ presente nos mercados do produto.

²¹ Em complementação, conforme explica Herbert Hovenkamp: “A good illustration is *State of California v. eBay, Inc.*,¹³ where the court approved an antitrust settlement shutting down a cartel involving a “no poaching” agreement between eBay, Inc. and Intuit, Inc., covering specialized computer engineers. These two firms are not competitors in the product markets in which they sale. Intuit makes business software, including popular consumer programs such as Turbotax and Quickbooks. By contrast, eBay is a general purpose online auction site that does not manufacture any computer software [...] On the product side the two firms would not be considered competitors for merger analysis and would very likely be unable to profit from product price fixing. Nevertheless, on the labour side the two firms compete for the same technically trained employees and could profit by agreeing to suppress wages” (OECD. Competition Policy for Labour Markets – Note by Herbert Hovenkamp. 131st OECD Competition Committee Meeting, jun. 2019. pp. 4-5. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>. Acesso em: 04 mai. 2020.).

²² *Ibidem.* p. 4-5.

²³ Paula Forgioni explica que a intercambialidade ou fungibilidade dos produtos para o consumidor é que faz com que eles integrem o mesmo mercado relevante em sua

Assim, a delimitação do mercado relevante de trabalho se dá por meio da conjugação desses dois fatores. Por exemplo, imaginemos que uma determinada cidade possua apenas duas empresas que ofereçam vaga de emprego para programador de computador. Supondo que os indivíduos com a qualificação necessária para ocupar as vagas – *i.e.*, formação superior em análise de sistemas – não estejam dispostos a se dirigir até a cidade vizinha para trabalharem, tampouco a se mudarem por conta do emprego, o mercado relevante de trabalho nesse caso compreenderá apenas essas duas empresas.

Em vista disso, para se entender o mercado relevante de trabalho na seara antitruste, é necessário explorar dois parâmetros trazidos por Naidu, Posner e Weyl: o de distância de deslocamento dos trabalhadores e o de elasticidade da oferta de trabalho.

3.1. Distância de deslocamento dos trabalhadores

Para delimitar o mercado relevante de trabalho é necessário definir, em primeiro lugar, seu escopo geográfico, ou seja, a área espacial na qual os trabalhadores podem comutar seus postos de trabalho. Do ponto de vista do produto, esse escopo geográfico avalia a distância que os consumidores estão dispostos a percorrer em caso de um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços. Assim, a depender da propensão ao deslocamento, o mercado relevante laboral pode variar de uma pequena localidade até a dimensão mundial.²⁴

No caso do mercado de trabalho, essa dimensão espacial se expressa por meio do que Naidu, Posner e Weyl²⁵ denominam de *commuting distance of workers*, em tradução livre a “distância de deslocamento dos trabalhadores”, que nada mais é que a medida do quão longe, geograficamente falando, um indivíduo está disposto a se deslocar para ocupar um posto de trabalho em vista de uma redução em seu salário atual.

dimensão material. (FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 218).

²⁴ TAUFICK, Roberto Domingos. Introdução ao Direito da Concorrência. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2014. p. 53.

²⁵ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. *Harvard Law Review*, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf.

Acesso em: 07 mar. 2020. p. 5.

Veja-se que, da mesma forma que nos mercados de produtos, a depender dessa distância de deslocamento o mercado de trabalho em análise pode ser desde local, quando os trabalhadores estão dispostos a se deslocar somente dentro de uma cidade ou, até mesmo, de um bairro – como é o caso, por exemplo, de indivíduos em grandes metrópoles que restringem suas opções de emprego àquelas que sejam próximas à sua residência – até nacional ou mundial, em relação a categorias que tendem a aceitar empregos melhor remunerados em outros estados ou países.

Contudo, deve-se consignar que essa propensão ao deslocamento dos trabalhadores envolve vários outros fatores além dos salários, como aspectos pessoais e familiares e as próprias preferências dos indivíduos. Nessa senda, esbarra-se no primeiro desafio acerca da delimitação do mercado relevante de trabalho, uma vez que a análise de sua dimensão geográfica perpassa a definição do quão longe os trabalhadores estão dispostos a ir por uma vaga de emprego e sob quais condições, questões estas que são extremamente subjetivas e particulares.

Por exemplo, os trabalhadores mais jovens ou recém-formados geralmente estão dispostos a gastar mais tempo se deslocando até o trabalho ou até a mudar de cidade, estado ou mesmo país em razão de uma oportunidade de trabalho. De outra parte, os indivíduos mais velhos, casados ou com filhos tendem a ser menos móveis, restringindo sua busca a vagas de emprego próximas de sua residência.²⁶

Além disso, há que se levar também em consideração o tipo de ocupação, uma vez que os trabalhadores, em geral, estão dispostos a ir mais longe para determinados empregos do que para outros. É o que se observa, por exemplo, em categorias que exigem um maior grau de qualificação: veja-se que um engenheiro de software com alta especialização tem mais chances de aceitar se deslocar até uma cidade distante para trabalhar do que um atendente de lanchonete quando existirem vagas disponíveis em sua localidade.

Apesar desses fatores, Naidu, Posner e Weyl²⁷ ponderam que o escopo geográfico costuma ser igualmente complexo nos mercados do produto, tendo em vista que a disposição dos consumidores em se deslocar para adquirir um bem ou serviço é tão subjetiva quanto a dos trabalhadores para ocupar uma vaga de emprego. Nesse sentido, os autores propõem uma solução bastante interessante, que seria a utilização

²⁶ *Ibidem*, p. 41.

²⁷ *Ibidem*, p. 45.

pelas autoridades antitruste de dados disponíveis em plataformas online e sítios eletrônicos de emprego como o *LinkedIn* e o *CareerBuilder*, de maneira que, a partir das informações disponibilizadas pelos próprios usuários em seus perfis, seria possível traçar as fronteiras de um determinado mercado relevante de trabalho.

3.2. Elasticidade da oferta de trabalho

Uma vez definido o escopo geográfico, a delimitação do mercado relevante de trabalho também perpassa a determinação de sua dimensão material, qual seja o conjunto de postos de trabalho dentre os quais os trabalhadores podem intercambiar tendo em vista suas habilidades e qualificação.

Nos mercados de produtos, denomina-se substituíbilidade ou intercambialidade o critério segundo o qual a delimitação do mercado relevante material deve considerar que cada bem ou serviço concorre apenas com aqueles com os quais guardem alguma similaridade e pelos quais podem ser substituídos.²⁸ Em outras palavras, a ideia de substituíbilidade impõe que fazem parte do mesmo mercado relevante os produtos que são fungíveis entre si do ponto de vista do consumidor, uma vez que estes oferecem uma pressão competitiva sobre os preços uns dos outros²⁹.

Nessa senda, Ana Frazão³⁰ explica que a ideia básica subjacente à definição do mercado relevante do produto é saber em que medida os consumidores poderiam desviar sua demanda para produtos substitutos caso houvesse um aumento de preços, sendo que o exame dessa substituíbilidade se reflete no conceito econômico de elasticidade da demanda dos consumidores.

Adaptando essas concepções para os mercados laborais, podemos dizer que a delimitação do mercado relevante de trabalho pala

²⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

²⁹ Nesse sentido, a antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda define que “a definição de substituição que interessa para a defesa da concorrência é aquela que permita identificar o conjunto de produtos que ofereçam uma pressão competitiva sobre os preços dos demais” (TAUFICK, Roberto Domingos. Introdução ao Direito da Concorrência. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2014. p. 50).

³⁰ FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 140.

pela identificação do conjunto de postos de emprego que oferecem uma pressão competitiva sobre os salários pagos aos trabalhadores, ou seja, das vagas entre as quais um trabalhador poderia permutar face a uma redução salarial.

Para entender esse conceito, é interessante o caso hipotético trazido por Naidu, Posner e Weyl³¹: imaginemos uma pequena cidade que possua apenas quatro empresas fabricantes de *widgets*. Tais empresas empregam, em geral, dois tipos de trabalhadores: especialistas, como engenheiros de computação com qualificação e experiência na fabricação desse tipo de tecnologia; e generalistas, os quais prestam serviços que são também demandados por outros tipos de empregadores, como faxineiros e vigilantes. Caso fosse demitido ou sofresse uma redução em seu salário, o generalista poderia encontrar trabalho em diversos outros estabelecimentos para além das empresas fabricantes de *widgets*. Já o engenheiro de computação, por outro lado, dada a sua especialização, somente teria como opções de emprego uma das outras três empresas que fabricam *widgets*³².

Veja-se que, no exemplo acima, em regra um generalista não poderia trocar de trabalho com um especialista, visto que não possui a qualificação necessária para tanto. Assim, uma redução nos salários dos primeiros não teria um efeito sobre estes últimos de modo que, a despeito de localizados no mesmo espaço geográfico e de trabalharem para o mesmo empregador, um engenheiro de computação e um vigilante não pertencem ao mesmo mercado relevante de trabalho.

A esse respeito, Naidu, Posner e Weyl³³ explicam que o mercado de trabalho compreende um conjunto de empresas que competem entre si oferecendo um tipo específico de emprego com vistas

³¹ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 40.

³² Tradução livre do original: “*Imagine that a small town has four large firms that manufacture widgets for the national market. The firms employ two types of workers: specialists, who are experienced and skilled in the manufacture of widgets; and generalists, who provide services that are also in demand by other types of employers. Custodial services would be an example of generalist work. If a firm fires a custodian, she may find work at any other firm with floors that need to be cleaned, while a specialist who is fired would be able to find work only at another widget manufacturer*”.

³³ *Ibidem*. p. 40-41.

a atrair trabalhadores com um conjunto particular de habilidades. Dessa forma, se apenas um agente econômico oferece determinado tipo de trabalho e este passe a pagar salários abaixo dos valores competitivos, muitos trabalhadores irão aceitar essa baixa remuneração, pois as alternativas que teriam seriam se submeter a um novo treinamento de trabalho ou aceitar um emprego em outra empresa que não se beneficie de sua educação, habilidades ou experiência³⁴.

Ademais, conforme colocado acima, no mercado relevante do produto o exame da substituíbilidade se reflete no conceito econométrico de elasticidade da demanda dos consumidores. No caso do mercado relevante de trabalho, por outro lado, deve-se recordar que, sendo a mão-de-obra uma categoria de insumo, esta se localiza no estágio a montante da cadeia produtiva, de maneira que, nos mercados de trabalho, os agentes econômicos se encontram na perspectiva de compradores. Ou seja, invertem-se os papéis em relação ao mercado do produto: as empresas “compram” mão-de-obra e os trabalhadores “vendem” sua força de trabalho. Assim, a medida da intercambialidade dos trabalhadores se reflete não na elasticidade demanda dos empregadores, mas sim no que os economistas americanos denominaram de elasticidade da oferta de trabalho – em inglês *labor supply elasticity*.

Em economia, o conceito de elasticidade é central na análise de mercados e, de maneira simplificada, pode ser definido como a medida da capacidade de resposta da quantidade demandada ou ofertada de um bem ou serviço a variações em um de seus determinantes.³⁵ A mais conhecida e utilizada é a elasticidade-preço da demanda, que mede a

³⁴ Tradução livre do original: “[...] *labor market comprises firms that compete by offering a particular type of job to attract workers with a particular skill set. If only a single firm offers that job or desires that sort of worker, and lowers the wage from the competitive amount, many of the workers would likely accept the lower wage because the alternative would be to undergo retraining or accept a job at another firm that does not benefit from the worker’s education, skills, or experience. In our example, workers who specialize in manufacturing widgets would likely accept a lower wage because the alternative is either to move to another area (which is expensive and involves loss of local attachments) or to accept a worse job. Thus, the specialists form a labor market. By contrast, the generalists – say, custodians – may be able to find jobs at other employers, including schools, office buildings, and so on, in which case the relevant labor market is quite broad*”.

³⁵ MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. Tradução da 3. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 90.

razão entre a quantidade demandada de um produto a alterações em seu preço.

A partir dessa capacidade de resposta, diz-se que a demanda por um produto é elástica quando a quantidade demandada responde substancialmente à variação no preço, ou inelástica, caso a resposta a essa alteração seja reduzida. Assim, a elasticidade pode variar entre zero, hipótese em que não há qualquer resposta à variação, denominada demanda perfeitamente inelástica, e o infinito, quando, à menor mudança no preço, todos os consumidores alternam para bens substitutos ou simplesmente deixam de consumir o produto. Imaginemos, por exemplo, o mercado relevante da manteiga. Caso haja um aumento geral no preço desse produto e um grande número de compradores pare de consumi-lo ou passe a comprar margarina³⁶ em seu lugar, temos que a demanda nesse mercado é bastante elástica. Se, por outro lado, mesmo em vista do aumento de preço, a maioria das pessoas continue comprando manteiga, tem-se que a demanda nesse caso é bastante inelástica.

A partir dessas considerações, a elasticidade da oferta de trabalho pode ser entendida como a sensibilidade da oferta de mão-de-obra pelos trabalhadores a variações em seus salários. Em outras palavras, conforme colocado por Ioana Marinescu³⁷, é a medida do quanto de uma redução salarial um trabalhador suportaria antes de deixar seu emprego atual.

De maneira semelhante ao que ocorre nos mercados dos produtos, suponhamos que os salários em um dado segmento de mercado sofram uma pequena redução, fazendo com que a maioria dos trabalhadores larguem seus empregos em vista disso. Nesse caso, temos que a oferta de trabalho é bastante elástica. Já no caso de, mesmo com os salários mais baixos, nenhum trabalhador deixar o emprego, temos que a elasticidade da oferta de trabalho é igual a zero, ou seja, é perfeitamente inelástica.

³⁶ Considere-se que manteiga e margarina são bens substitutos, ou seja, produtos para os quais o aumento do preço de um leva a um aumento da demanda pelo outro (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução da 3. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 69).

³⁷ PUBLIC Workshop on Competition in Labor Markets, 1, 2019, Washington. Transcription. Washington: The United States Department of Justice, 2019. p. 5-6. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1209071/download>. Acesso em: 05 abr. 2020.

Veja-se, pois, que se a elasticidade da oferta de trabalho em um dado mercado relevante é baixa – ou, utilizando a terminologia econômica, inelástica –, isto é, que os trabalhadores não deixam seus empregos mesmo diante de supressões consideráveis em seus salários, isso significa que os empregadores nesse mercado desfrutam de expressivo poder econômico, uma vez que poderão reduzir a remuneração de seus funcionários sem que isso impacte a oferta de mão-de-obra.

Nesse sentido, partindo-se do referencial teórico da concorrência perfeita³⁸, o critério para que haja competição entre os vendedores no mercado é o de que a curva de demanda seja o mais elástica o possível; e, de forma similar, o critério para que haja concorrência entre os compradores é que a curva de oferta seja bastante elástica. Isso porque quanto menor a sensibilidade dos consumidores e trabalhadores, maior a possibilidade de os agentes econômicos discriminarem os preços e salários. Por essa razão, os economistas entendem ser a elasticidade da oferta de trabalho uma boa medida para a concorrência nos mercados laborais, de modo que quanto menor essa elasticidade, menor também a competição em um dado mercado³⁹.

Também é necessário observar que em mercados cujas vagas de emprego não exigem dos trabalhadores uma qualificação específica, como é o caso dos chamados generalistas no exemplo anteriormente citado, a oferta de trabalho tende a ser mais elástica, uma vez que existe um conjunto relativamente grande de opções para o trabalhador caso este decida largar seu emprego. Já para empregos que requerem habilidades e treinamento específicos, que é o caso dos especialistas, a oferta de trabalho tende a ser bastante inelástica, posto que as opções de emprego que contemplem a qualificação do trabalhador tendem a ser mais restritas.

³⁸ Em microeconomia, a concorrência perfeita é uma situação ideal de mercado na qual há tantos compradores e vendedores que nenhum deles é capaz de, individualmente, influenciar o preço de mercado (MANKIW, 2009, p. 64).

³⁹ Conforme explicam Naidu, Posner e Weyl: “*labor supply elasticity is a simple measure of a firm’s labor market power. If workers do not quit even if the firm lowers wages significantly (elasticity is low), then the firm enjoys significant market power over the workers*” (NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 23).

Partindo dessas considerações, Naidu, Posner e Weyl⁴⁰ citam pesquisas recentes que encontraram que a elasticidade da oferta de trabalho nos Estados Unidos gira em torno de 0,5, mesmo em relação a mercados que não exigem qualificação ou treinamento específico, demonstrando que a oferta de trabalho no país é bastante inelástica.

São diversas as razões que podem explicar o porquê de terem sido encontrados níveis tão baixos de elasticidade da oferta de trabalho nos mercados norte-americanos. Pode-se, por exemplo, levar em consideração a restrição à mobilidade dos trabalhadores ocasionada pelo uso generalizado de acordos de não-contratação, o que reduz a elasticidade uma vez que os trabalhadores tendem a ter menos opções de emprego.⁴¹

Contudo, pode-se dizer que a principal razão dessa inelasticidade da oferta está relacionada à posição central que o trabalho ocupa na vida das pessoas. Diferentemente do que ocorre no mercado do produto, em que ante um aumento no preço de um bem as pessoas podem buscar substitutos próximos ou mesmo deixar de consumi-lo se ele não estiver ligado às suas necessidades básicas, um indivíduo dificilmente irá largar seu emprego mesmo em face de uma redução em seu salário, uma vez que depende dele para sustentar a si próprio e a sua família.

A propósito, Dean Harvey, em sua participação no evento *Public Workshop on Competition in Labor Markets*, realizado pelo Departamento de Justiça norte-americano em 2019⁴², citou um estudo no qual se pediu para que as pessoas classificassem os acontecimentos mais impactantes que poderiam ocorrer em suas vidas. No topo do ranking, ao lado de eventos como a morte de um membro da família ou o divórcio, aparece perder o emprego. Isso demonstra o quanto deixar o trabalho, mesmo em razão do baixo salário, é uma decisão delicada e disruptiva na

⁴⁰ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. *Harvard Law Review*, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 23.

⁴¹ OECD. *Competition in Labour Markets*. 2020. p. 15. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁴² PUBLIC Workshop on Competition in Labor Markets, 1, 2019, Washington. Transcription. Washington: The United States Department of Justice, 2019. p. 25. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1209071/download>. Acesso em: 05 abr. 2020.

vida de uma pessoa, de modo que se abster de comprar um produto em vista de um aumento nos preços sequer é situação comparável⁴³.

Além disso, deve-se também levar em consideração que esse modelo teórico considera apenas o salário como determinante da oferta de trabalho. Contudo, a mobilidade dos trabalhadores está também atrelada a diversos outros fatores além da remuneração, tais como os custos – tempo, deslocamento, análise de oportunidades – para buscar um novo trabalho⁴⁴, as informações limitadas sobre vagas de empregos e a aversão geral ao risco.⁴⁵ Em vista disso, os empregadores acabam também por se aproveitar desses maiores custos que envolvem a procura de empregos para manter os salários de seus empregados abaixo de níveis competitivos⁴⁶.

Ainda, Harvey⁴⁷ pondera que a inelasticidade da oferta de trabalho também está ligada ao fato de que o “valor” de um trabalhador no mercado pode diminuir caso ele troque muito de emprego. Isto porque

⁴³ Tradução livre do original: “[...] *there have been studies about this where, for example, people have been asked to rank the most important events in their lives, the most disruptive. Right up there with a death in their family or the death of a family member and a divorce is getting fired from your job. It's a major event in your life in a way that not being able to buy a product just doesn't compare*”.

⁴⁴ Pode-se citar também os chamados *switching costs*, ou seja, os custos que envolvem a troca de emprego. Tem-se como exemplo “a new job that requires moving or a change in working times that requires the workers to hire a babysitter for their children” (OECD. Competition in Labour Markets. 2020. p. 25. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.).

⁴⁵ OECD. Competition in Labour Markets. 2020. p. 15. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁴⁶ Conforme explicado por Alan Manning (apud NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 19): “*Because a worker’s existing employer knows that the worker’s search cost is high, the employer can reduce compensation – including wages, benefits, and workplace amenities – or fail to increase compensation despite the worker’s contributions because the employer knows that the worker can find an alternative job only with difficulty*”.

⁴⁷ PUBLIC Workshop on Competition in Labor Markets, 1, 2019, Washington. Transcription. Washington: The United States Department of Justice, 2019. p. 25. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1209071/download>. Acesso em: 05 abr. 2020.

quando um empregador está analisando o currículo de um indivíduo que muda constantemente de trabalho, este poderá avaliar que tal indivíduo não consegue manter um emprego por muito tempo, bem como sopesar a possibilidade de despender recursos com o treinamento do funcionário para que este em poucos meses largue o emprego. Assim, são grandes as chances de que o empregador opte por contratar outra pessoa.

O que se observa, portanto, é que todos esses fatores fazem com que os agentes econômicos desfrutem de significativo poder econômico nos mercados laborais, bem como que a própria estrutura desses mercados possibilita aos empregadores pagar salários abaixo dos níveis competitivos, já que estes sabem que, dada a centralidade do trabalho na vida das pessoas e os custos que envolvem a busca por um novo emprego, os trabalhadores dificilmente irão deixar o emprego.

4. Particularidades dos mercados de trabalho

O mercado de trabalho apresenta uma série de características específicas que não são observadas em outros mercados. Conforme visto, a própria delimitação do mercado relevante de trabalho esbarra em certas dificuldades dada a natureza peculiar dos agentes e da relação econômica em questão.

Há que se considerar, por exemplo, que este mercado envolve um vínculo entre empregado e empregador que geralmente é de longo prazo, pois pressupõe-se que o indivíduo que entra em um emprego tem o ânimo de ali permanecer por um bom tempo. No entanto, a principal característica distintiva da relação laborativa é que esta tem por objeto o trabalho de uma pessoa, a qual, em sua individualidade, possui talentos e disposições diversos, os quais irão condicionar toda a relação de trabalho.

Em vista disso, a análise antitruste não pode se pautar exclusivamente em critérios econométricos, necessitando também levar em consideração as particularidades dos mercados de trabalho⁴⁸. Conforme explorado acima, a própria inelasticidade da oferta de trabalho, ou seja, o fato de os trabalhadores não deixarem seus empregos mesmo diante de significativas reduções salariais, é um fator que propicia aos

⁴⁸ Nesse sentido: “*the specific characteristics of labour markets require competition analysis be adapted to overcome the challenges that present themselves to enforcers in these markets*” (OECD. Competition in Labour Markets. 2020. p. 53. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021).

empregadores considerável poder econômico em relação a seus funcionários.

Para além da inelasticidade da oferta, outras características específicas do mercado de trabalho necessitam ser levadas em consideração ante suas potenciais implicações concorrenciais. Dentre outras, três merecem destaque e serão analisadas a seguir: as dimensões geográficas mais restritas desses mercados, a diferenciação de empregos e a natureza bilateral da relação laborativa.

4.1 Dimensão geográfica restrita

A primeira particularidade dos mercados de trabalho é que estes são, em regra, geograficamente bastante restritos, ou seja, limitados a uma área geográfica relativamente pequena. Tal qual explicam Naidu, Posner e Weyl⁴⁹, a despeito da crescente globalização que impulsiona o comércio transfronteiriço de bens, propiciando que a maioria dos mercados de produtos se tornem nacionais ou até mesmo mundiais, os mercados de trabalho permanecem extremamente locais⁵⁰.

Conforme visto, a dimensão geográfica dos mercados de trabalho corresponde à distância de deslocamento dos trabalhadores, ou seja, à medida do quão distante um indivíduo está disposto a ir por um emprego. Nessa linha, Naidu, Posner e Weyl esclarecem que, não obstante o desenvolvimento dos meios digitais, a maioria dos trabalhos ainda exige a presença física do empregado, o que acaba por estreitar o escopo geográfico dos mercados laborais uma vez que grande parte dos trabalhadores procuram empregos que sejam próximos a suas residências. Vale aqui fazer a ressalva de que a pandemia do novo Coronavírus e a necessidade de adoção de medidas de distanciamento social para o

⁴⁹ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. *Harvard Law Review*, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 21.

⁵⁰ “*In our increasingly digital and globalized world, products are easily shipped around the country and world; people are not. While traveling is easier than in the past, and telecommuting has become more common, labor markets remain extremely local while most product markets are regional, national, or even global*” (NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. *Antitrust Remedies for Labor Market Power*. *Harvard Law Review*, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 21).

enfrentamento à doença fez com que grandes contingentes de trabalhadores tivessem de migrar para o trabalho na modalidade remota, popularmente conhecido como *home office*, havendo, inclusive, estudos de que, mesmo após o fim das medidas de isolamento, parte das empresas continuará a se valer desta modalidade de trabalho⁵¹. Deste modo, a perspectiva acerca da necessidade da presença física dos trabalhadores poderá se alterar nos próximos anos.

O que se observa atualmente, no entanto, é uma estreita relação entre a distância de deslocamento dos trabalhadores e a dimensão dos mercados de trabalho. Os economistas Alan Manning e Barbara Petrongolo verificaram, a partir dos dados disponíveis sobre candidaturas de emprego no Reino Unido, que estas são bastante sensíveis à distância⁵²⁻⁵³. Na mesma senda, Ioana Marinescu e Roland Rathelot⁵⁴, analisado as informações do sítio eletrônico *CareerBuilder* relativas ao ano de 2012, encontraram que, nos Estados Unidos, as taxas de candidatura para uma ocupação caem 35% para vagas localizadas a mais de 10 milhas – cerca de 16 quilômetros – de distância do código postal da

⁵¹ Nesse sentido, segundo estudo de André Miceli, professor da Fundação Getúlio Vargas, a pandemia do novo Coronavírus deve provocar uma mudança nas culturas organizacionais das empresas e fazer com que a modalidade de trabalho remoto cresça 30% após o período de estabilização dos casos e retomada das atividades (HOME office deve crescer 30% após crise de coronavírus, aponta FGV. Valor Investe, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2020/04/14/home-office-deve-crescer-30percent-apos-crise-de-coronavirus-aponta-fgv.ghtml>. Acesso em: 04 abr. 2021).

⁵² MANNING, Alan; PETRONGOLO, Barbara. How Local Are Labor Markets? Evidence from a Spatial Job Search Model. *American Economic Review*, v. 107, p. 2877–2907, 2017. p. 2877. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/aer.20131026>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁵³ Segundo os autores (*Ibidem*. p. 2879): “*In our empirical analysis we use unemployment and vacancy data on 8,850 Census wards in England and Wales, and combine these with microdata on wages and the use of transport modes, which allow us to model commuting costs between any two wards in the economy. Our estimates show evidence of high costs of distance. For example, the probability of a random job 5 kilometers distant being preferred to random local job is only 19 percent*”.

⁵⁴ MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search. *American Economic Journal: Macroeconomics*, v. 10, n. 3, p. 42-70, 2018. p. 43.

residência do candidato. Ainda, constataram que apenas 11% dos trabalhadores se candidatam a vagas em outros estados⁵⁵.

As possíveis razões para tal cenário são as mais diversas. Pode-se considerar os elevados custos de deslocamento incorridos pelos trabalhadores para o exercício de uma ocupação distante de seu local de residência, como com transporte e, até mesmo, moradia, caso o indivíduo tenha que se mudar em razão do emprego. Ainda, as próprias preferências pessoais dos trabalhadores influenciam o caráter local dos mercados de trabalho, visto que muitos, por exemplo, não estão dispostos a se afastar da família por um emprego.

De todo modo, a principal consequência dessa restrição geográfica apontada por Herbert Hovenkamp⁵⁶ é que, em razão dela, os mercados de trabalho tendem a apresentar elevados níveis de concentração, em geral significativamente bem maiores que os encontrados nos mercados de produtos. Veja-se que quanto menor o limite geográfico de um mercado, menos opções de emprego um trabalhador terá à sua disposição caso decida deixar sua ocupação atual, o que garante aos empregadores o poder de discriminar os salários ante essa redução natural da mobilidade de seus funcionários. Por essa razão, conforme explicado anteriormente, mercados concentrados estão associados a salários reais significativamente mais baixos.

4.2 Diferenciação de empregos

Outra particularidade dos mercados laborais que está diretamente associada à baixa elasticidade da oferta de trabalho e, por conseguinte, à menor concorrência nesses mercados é o fato de que os

⁵⁵ Tradução livre do original: “We use zip code level data from CareerBuilder.com on the geography of job search for close to 500,000 job seekers sending more than 5 million applications in 2012. CareerBuilder.com is arguably the largest job board in the United States, and is broadly representative of the US labor market. We find that job seekers are more likely to apply to jobs closer to home: a job seeker is 35 percent less likely to apply to a vacancy that is 10 miles away than to a vacancy that is in the job seekers’ zip code of residence. Still, job seekers send 11 percent of their applications to out-of-state vacancies”.

⁵⁶ OECD. Competition Policy for Labour Markets – Note by Herbert Hovenkamp. 131st OECD Competition Committee Meeting, jun. 2019. p. 5. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>. Acesso em: 04 mai. 2020.

trabalhos são diferentes uns dos outros, o que Ioana Marinescu⁵⁷ chama de diferenciação de empregos. Observe-se que, se analisarmos duas vagas para o mesmo tipo de ocupação em duas empresas distintas, ainda que seja oferecido exatamente o mesmo salário, os empregos não serão idênticos um ao outro, ou, utilizando-se a terminologia econômica dos mercados de produtos, não serão em regra substitutos⁵⁸.

Para além dos salários, são diversos os fatores que fazem com que os empregos sejam diferentes entre si. Um deles, conforme citado acima e apontado por Marinescu, é a distância do trabalho da residência do trabalhador. Veja que uma vaga para engenheiro de computação em uma empresa situada no mesmo bairro em que o trabalhador mora não será equivalente, sob a perspectiva deste, a uma vaga em uma empresa localizada no município vizinho.

O mesmo se aplica ao horário de trabalho: um emprego com jornada noturna não é análogo a um com horário de trabalho diurno. Isso, porque a substituíbilidade entre empregos também está atrelada às preferências dos trabalhadores, as quais também devem ser levadas em consideração quando da análise antitruste dos mercados de trabalho⁵⁹.

Além disso, Naidu, Posner e Weyl⁶⁰ afirmam que outra fonte dessa diferenciação de empregos é o que estes chamam de *workplace*

⁵⁷ PUBLIC Workshop on Competition in Labor Markets, 1, 2019, Washington. Transcription. Washington: The United States Department of Justice, 2019. p. 6. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1209071/download>. Acesso em: 05 abr. 2020.

⁵⁸ Em microeconomia, bens substitutos são aqueles que concorrem pela preferência do consumidor, de modo que o aumento do preço de um provoca o aumento da demanda pelo outro. Adaptando-se esse conceito para os mercados de trabalho, podemos entender como empregos substitutos aqueles em que os empregadores competem entre si pelos mesmos trabalhadores, de maneira que uma redução de salário por um deles leva ao deslocamento de seus funcionários para o outro.

⁵⁹ Nesse sentido: “[...] *the substitutability between jobs would need to be assessed by taking into account, to a certain extent, workers’ preferences, like working hours, annual leave or other benefits*” (OECD. Competition in Labour Markets. 2020. p. 53. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021).

⁶⁰ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020. p. 20.

*amenities*⁶¹, ou seja, as comodidades que um local de trabalho oferece, como cafeteria, sala de descanso ou mesmo aspectos mais naturais, como localização próxima a restaurantes e estações de metrô⁶². Essas comodidades fazem com que os empregos não sejam tão fungíveis sob a ótica do trabalhador, bem como dificultam a comparação entre empregadores.

O efeito prático da diferenciação de empregos é o estreitamento dos mercados de trabalho, visto que esta reduz e condiciona as opções do trabalhador, propiciando, por conseguinte, a redução da concorrência, uma vez cria uma vantagem competitiva para os agentes econômicos que delas se valem para tornarem os empregos em suas firmas mais atrativos aos trabalhadores.

4.3 Natureza bilateral dos mercados de trabalho

Não obstante as particularidades acima apontadas, a característica mais importante e distintiva do mercado de trabalho é a sua natureza bilateral. Com efeito, os economistas costumam se referir aos mercados laborais como *matching markets*, ou seja, mercados de compatibilidade, vez que, diferentemente do que ocorre nos mercados de produtos, a relação laborativa exige a combinação das necessidades e preferências de ambos os seus polos.⁶³

Veja-se que, nos mercados de produtos, os vendedores tendem a ser indiferentes em relação à identidade do comprador, isto é, não condicionam a venda de seu produto a um tipo de consumidor em particular. Os empregadores, por outro lado, quando da contratação de

⁶¹ Nesse sentido: “*Imagine two workplaces that are identical at an initial point. The employer of each workplace seeks to deter workers from leaving. To do so, an employer might offer an amenity that its workers happen to like — say, a coffee bar, a yoga studio, or hot showers. [...] Other amenities might arise more naturally: for example, the location of an employer might appeal to workers because of the convenience for commuting or the attraction of nearby restaurants or other businesses*” (*Ibidem*. p. 20).

⁶² Naidu, Posner e Weyl (*Ibidem*. p. 19-20) apontam que essas comodidades específicas de uma firma são o correlato nos mercados de trabalho à ideia de diferenciação do produto. De maneira bastante simplificada, a diferenciação do produto pode ser entendida como as modificações efetuadas em um produto ou serviço com vistas a torná-lo mais atrativo para os consumidores. Essa diferenciação faz com que os produtos não sejam fungíveis entre si, o que dificulta a comparação por parte dos consumidores e, conseqüentemente, reduz a concorrência.

⁶³ *Ibidem*. p. 20.

mão-de-obra, procuram empregados com um conjunto específico de habilidades e características pessoais, ao mesmo tempo em que os trabalhadores em busca de um emprego tencionam um local e condições de trabalho que se amoldem às suas preferências. Assim, uma contratação exige a combinação de dois conjuntos complexos de preferências: de um lado, as expressas pelo empregador e, de outro, as do empregado.

Nesse sentido, Naidu, Posner e Weyl⁶⁴ comparam a procura por trabalho ao ato de comprar um carro. Embora ambas sejam escolhas importantes e de alto risco que necessitam ser tomadas com cuidado, a diferença crucial é que na compra e venda de um automóvel apenas o comprador se preocupa com as características do produto em questão, posto que o vendedor, a rigor, não se importa com a identidade do comprador ou com o que este irá fazer com o carro. Já na relação de trabalho, tanto o empregado quanto o empregador dão importância à identidade e às características um do outro⁶⁵.

Essa bilateralidade do mercado laboral está associada, principalmente, à natureza de longo prazo das relações de trabalho. Tanto o empregado quanto o empregador têm interesse na qualidade e na durabilidade do vínculo e, por essa razão, se preocupam com os mínimos detalhes que envolvem a relação laborativa. É, portanto, essa duplicidade de preocupações que faz com que os mercados de trabalho sejam determinados pelas preferências e necessidades de ambos os polos da relação. Nesse sentido, Naidu, Posner e Weyl⁶⁶ argumentam que tal fator “eleva ao quadrado” as diferenciações nesses mercados em relação

⁶⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁶⁵ Tradução livre do original: “Compare buying a car in the product market and searching for a job. Both are important, high-stakes choices that are taken with care. However, there is a crucial difference. In a car sale, only the buyer cares about the identity, nature, and features of the product in question — the car. The seller cares nothing about the buyer or (in most cases) what the buyer plans do with the car. In employment, the employer cares about the identity and characteristics of the employee and the employee cares about the identity and characteristics of the employer. Complexity runs in both directions rather than in one. Employers search for employees who are not just qualified, but also who possess skills and personality that are a good match to the culture and needs of that employer. At the same time, employees are looking for an employer with a workplace and working conditions that are a good match for their needs, preferences, and family situation. Only when these two sets of preferences and requirements “match” will a hire be made”.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 21.

àquelas existentes nos mercados de produtos, o que naturalmente reforça o caráter mais restrito dos mercados de trabalho⁶⁷.

Em vista disso, o que se observa é que todos esses fatores acabam por tornar os empregos menos substituíveis, bem como dificultam e desencorajam que os trabalhadores busquem outras ocupações mesmo em face de uma redução salarial, seja em razão dos custos financeiros e pessoais que envolvem a procura por um novo emprego ou do pequeno número de opções que atendam às preferências e necessidades individuais de cada trabalhador. Assim, as próprias características do mercado de trabalho o tornam muito mais vulnerável ao exercício de poder de monopólio pelos empregadores do que a maioria dos mercados de produtos são ao poder de monopólio.^{68 69}

5. Conclusão

Diante da crescente preocupação, nos últimos anos, com a questão da concorrência nos mercados de trabalho, tornou-se imperativo adaptar o clássico ferramental antitruste à realidade destes mercados. Nesse sentido, a análise pelas autoridades de defesa da concorrência tanto dos efeitos de atos de concentração sobre a mão-de-obra e níveis de emprego quanto da prática de condutas anticompetitivas em prejuízo dos trabalhadores tem como ponto de partida, necessariamente, a definição do mercado no qual se travam as relações de concorrência entre os agentes econômicos atuando na perspectiva de empregadores.

Em vista disso, o mercado relevante antitruste passa a ser visto para além das clássicas dimensões geográfica e do produto, emergindo a necessidade de delimitá-lo também na dimensão do trabalho. Isso porque agentes econômicos que competem entre si para a contratação do mesmo

⁶⁷ Segundo os autores: “*This dual set of relevant preferences means that labor markets are doubly differentiated by the idiosyncratic preferences of both employers and workers. In some sense this dual set of preferences ‘squares’ the differentiation that exists in product markets, naturally making labor markets thinner than product markets.*” (*Ibidem*. p. 21).

⁶⁸ (*Ibidem*. p. 21).

⁶⁹ O poder de monopólio diz respeito à capacidade de um agente cobrar preços mais altos pelo produto ou serviço que vende sem perder seus consumidores, ao passo que o poder de monopólio se refere à situação em que um agente econômico, apesar de não ser o único comprador do mercado em que atua, possui a capacidade de, unilateralmente, determinar o preço de compra de um insumo – o que se traduz, no mercado de trabalho, na capacidade de determinar os salários dos trabalhadores.

perfil de trabalhadores são considerados concorrentes no mercado relevante de trabalho ainda que os produtos ou serviços que ofereçam não concorram entre si.

Dessa forma, os conceitos de distância de deslocamento dos trabalhadores e de elasticidade da oferta de trabalho explorados por Naidu, Posner e Weyl podem ser utilizados pelas autoridades concorrenciais como parâmetros objetivos e econométricos para a delimitação do mercado relevante de trabalho. Contudo, o que se buscou demonstrar é que, na análise da concorrência nos mercados laborais, esse exercício de delimitação do mercado relevante esbarra em certas dificuldades em razão das próprias características desses mercados e de seus agentes, o que pode ser sumarizado na ideia de que os trabalhadores, enquanto pessoas, não são tão substituíveis quanto bens.

Por ser o trabalho uma parte tão importante na vida dos indivíduos, os custos que envolvem o mercado de trabalho, tanto do ponto de vista econômico quanto pessoal, são, em geral, muito maiores que os custos relativos ao mercado do produto. Portanto, é imprescindível que as particularidades dos mercados laborais, como suas dimensões geográficas mais restritas, a elevada diferenciação de empregos e sua natureza bilateral, também sejam consideradas na análise antitruste, visto que as próprias características desses mercados acabam por criar, consolidar ou facilitar o exercício de poder econômico e a prática de condutas colusivas⁷⁰.

6. Referências

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS; Grupo Técnico de Métodos em Economia. Documento de Trabalho n. 001/10: Delimitação de Mercado Relevante. Brasília, nov. 2010.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. O improvável encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste. Prêmio IBRAC-TIM 2018. Revista do IBRAC, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2019a.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. Acordos de não contratação: o antitruste e o direito do trabalho. Jota, 17 abr. 2019b.

⁷⁰ OECD. Competition in Labour Markets. 2020. p. 53. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-nao-contratacao-o-antitruste-e-o-direito-do-trabalho-17042019>. Acesso em: 07 mar. 2020.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

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

HOME office deve crescer 30% após crise de coronavírus, aponta FGV. Valor Investe, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2020/04/14/home-office-deve-crescer-30percent-apos-crise-de-coronavirus-aponta-fgv.ghtml>. Acesso em: 04 abr. 2021.

LINDSAY, Michael; STILSON, Jaime; BERNHARD, Rebecca. Employers Beware: The DOJ and FTC Confirm that Naked Wage-Fixing and “No-Poaching” Agreements Are Per Se Antitrust Violations. The Antitrust Source, dez. 2016. Disponível em: https://www.dorsey.com/~media/Files/NewsResources/News/2016/12/d ec16_lindsay.ics. Acesso em: 04 abr. 2021.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. Tradução da 3. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MANNING, Alan; PETRONGOLO, Barbara. How Local Are Labor Markets? Evidence from a Spatial Job Search Model. American Economic Review, v. 107, p. 2877–2907, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/aer.20131026>. Acesso em: 11 abr. 2021.

MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search. American Economic Journal: Macroeconomics, v. 10, n. 3, p. 42-70, 2018.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, v. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020.

OECD. Competition Policy for Labour Markets – Note by Herbert Hovenkamp. 131st OECD Competition Committee Meeting, jun. 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>. Acesso em: 04 mai. 2020.

OECD. Competition in Labour Markets. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

POLDEN, Donald. When Rules Don't Apply: Discussion Guide. San Francisco: Filmmakers Collaborative SF, 2019. Disponível em: <https://www.whenrulesdontapply.com/tools>. Acesso em: 11 abr. 2021.

PUBLIC Workshop on Competition in Labor Markets, 1, 2019, Washington. Transcription. Washington: The United States Department of Justice, 2019. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1209071/download>. Acesso em: 05 abr. 2020.

TAUFICK, Roberto Domingos. Introdução ao Direito da Concorrência. Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2014.

9. ENTRE MERCADOS DIGITAIS E MERCADOS TRADICIONAIS PLATAFORMAS DE COMPARTILHAMENTO E OS NOVOS DESAFIOS PARA O DIREITO ANTITRUSTE

9. DIGITAL MARKETS AND TRADITIONAL MARKETS: SHARING PLATFORMS AND NEW CHALLENGES FOR ANTITRUST LAW

Mônica Tiemy Fujimoto; Elisa Amorim Boaventura; Sofia de Medeiros Vergara

Resumo: A análise de mercados digitais e plataformas digitais são geralmente estudados como um grande campo de estudo. Entretanto, observa-se que as plataformas de compartilhamento possuem peculiaridades que as diferenciam. Daí a importância de retomar o debate sobre a economia de compartilhamento e colocá-la à luz da evolução teórica das plataformas digitais. Assim, será possível compreender a economia do compartilhamento por meio de sua interface que se relaciona profundamente com os mercados tradicionais, destacando em que medida sua dinâmica pode ser estudada junto com outros tipos de mercados digitais. Para tal, são realizadas breves considerações sobre o mercado tradicional e a economia de compartilhamento. Posteriormente, são apresentadas as principais discussões sobre plataformas de compartilhamento e mercados digitais na União Europeia, nos Estados Unidos e no Brasil. Por fim, passa-se a uma análise das especificidades das plataformas de compartilhamento nos mercados digitais observadas no âmbito das discussões realizadas no bojo dos países anteriormente analisados.

Palavras-chave: economia de compartilhamento. antitruste. mercados digitais.

Abstract: The analysis of digital markets and digital platforms are generally examined as a large field of study. However, the sharing platforms have peculiarities that differentiate them. Hence the importance of resuming the debate on the sharing economy and placing it in the light of the theoretical evolution of digital platforms. Thus, it will be possible to understand the sharing economy through its interface with traditional markets, highlighting the extent to which its dynamics can be studied

along with other types of digital markets. To this end, brief considerations are made about the traditional market and the sharing economy. Subsequently, the main discussions on sharing platforms and digital markets in the European Union, the United States and Brazil are presented. Finally, we pass to an analysis of the specificities of the sharing platforms in digital markets observed in the context of the discussions held in the context of the countries previously analyzed.

Key words: sharing economy. antitrust. digital markets.

1. Introdução

As plataformas digitais representam uma verdadeira revolução na forma como a sociedade se organiza e se relaciona, especialmente com a evolução da inteligência artificial e o chamado “*Big Data*”. A tecnologia pode ser utilizada para as mais diversas finalidades desde marketing¹, segurança nacional², possuindo impacto até mesmo nas democracias³, o que faz com que o dado seja considerado um dos mais importantes ativos no mercado. Contudo, neste artigo, trataremos de um tipo específico de plataforma digital, aquelas organizadas por meio da chamada “economia de compartilhamento”, com o objetivo de apresentar – ainda que preliminarmente – algumas características que as diferenciam de outras plataformas cuja atuação é majoritariamente pautada no uso da *Big Data*, como Google e Facebook, para lançar luz às suas peculiaridades e características que devem ser observadas por autoridades antitruste quando enfrentarem casos envolvendo esses agentes.

A necessidade de apresentar as particularidades das plataformas de compartilhamento vem da relevância da análise de mercados digitais e plataformas digitais como um grande campo de estudo, que por vezes agrega todas as plataformas à luz do *modus operandi* de empresas como Google e Facebook. Essa prática faz com que os efeitos antitruste nos impactos da

¹ CMA. Online platforms and digital advertising: Market study final report. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.

² VEDASCHI, Arianna. Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU–Canada PNR agreement. *International Data Privacy Law*, v. 8, n. 2, p. 124–139, mai. 2018.

³ COBBE, Jennifer. Behind Cambridge Analytica lay a bigger threat to our democracy: Facebook. *The Guardian*, 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/commentisfree/2020/oct/15/cambridge-analytica-threat-democracy-facebook-big-tech>. Acesso em: 31 mar. 2021.

utilização do *big data* sejam analisados sem a individualização do modelo de negócio e as particularidades dos múltiplos lados.

Daí a importância de retomar o debate sobre a economia de compartilhamento, que há poucos anos esteve entre os grandes temas do direito antitruste e colocá-lo à luz da evolução teórica das plataformas digitais. Assim, será possível compreender a economia do compartilhamento por meio de sua interface que se relaciona profundamente com os mercados tradicionais, destacando em que medida sua dinâmica pode ser estudada junto com outros tipos de mercados digitais.

Observa-se que dentre as plataformas de dois lados existem múltiplos tipos de *players* e modelos de negócios, de modo que a chamada economia compartilhada acaba abrangendo principalmente aqueles modelos que são praticados pelo Uber, AirBnb, iFood etc. Contudo, diante dessa vasta gama de modelos de negócio e operacionalização das plataformas, é necessário identificar as peculiaridades das plataformas digitais de economia compartilhada, tendo em vista que as características gerais desses agentes podem ser insuficientes para endereçar os problemas atuais e podem, inclusive, coibir o desenvolvimento desse modelo.

Levando em consideração estes aspectos, no presente artigo são realizadas breves considerações sobre o mercado tradicional e a economia de compartilhamento. Em seguida, são apresentadas as principais discussões sobre plataformas de compartilhamento e mercados digitais na União Europeia, nos Estados Unidos e no Brasil. Por fim, passa-se a uma análise das especificidades das plataformas de compartilhamento nos mercados digitais observadas no âmbito das discussões realizadas no bojo dos países anteriormente mencionados, para que, então, seja apresentada a conclusão.

2. Breves considerações sobre o mercado tradicional e a economia de compartilhamento

Nas palavras de Ana Frazão⁴, as plataformas digitais “buscam a maior eficiência possível nas transações dos mercados de dois lados”, ou seja, são modelos de negócio que facilitam a coordenação e a comunicação entre aqueles que ofertam um bem ou serviço e aqueles que querem consumi-lo. Com o passar dos anos ocorreu um inegável processo de digitalização das relações sociais e comerciais, possibilitando que informações, tendências, insumos, serviços e produtos pudessem ser

⁴ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. *In*: PARENTONI, Leonardo (coord.). Direito, tecnologia e inovação. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 635-669.

compartilhados de modo instantâneo em âmbito mundial. As plataformas digitais cresceram cada vez mais, fazendo com que novos modelos de negócio surgissem baseados nessas novas tecnologias.

Neste contexto, o modelo de economia de compartilhamento - também denominada colaborativa - que antes possuía tímida expressão no mercado, representada pela figura das empresas de aluguel de carros, passa a ser amplamente utilizado com o surgimento das plataformas digitais mediadoras, responsáveis por conectar aqueles que ofertam com aqueles que demandam certo serviço ou bem, em especial aquelas orientadas pela ideia do mercado entre pares (*peer-to-peer markets*). Portanto, as plataformas de economia compartilhada permitem que os consumidores atuem em áreas antes dominadas pelas empresas.

Contudo, ao mesmo tempo que esse novo modelo de mercado pode trazer benefícios, ele também desperta insegurança jurídica, uma vez que as legislações vigentes, pensadas em um contexto de relações comerciais entre empresas (*business to business*) ou entre empresas e consumidores (*business to consumers*), quando aplicadas as plataformas de economia compartilhada, especialmente aquelas de mercado entre pares (*peer-to-peer markets*), podem gerar distorções.

Neste sentido, importa ressaltar que existem diferenças entre plataformas de compartilhamento e outras plataformas dos mercados digitais, sendo que a principal questão parece ser a percepção do espaço. Veja-se que, enquanto a promessa da economia digital adentrando na era do *Big Data* era reduzir o espaço físico, possibilitando que as relações e interações se dariam predominantemente pelo espaço virtual, a proposta da economia de compartilhamento parece ser justamente o oposto.

As plataformas de compartilhamento não têm como objetivo praticar a mesma atividade que a realizada pelos prestadores de serviço que elas normalmente intermediam ou mesmo substituí-los, e sim, funcionar como um intermediário que congrega ofertas individuais, como bens e serviços por meio de uma base comum. Esse modelo não requer, necessariamente, o uso de uma plataforma digital, mas a sua introdução na sociedade alterou de forma significativa o alcance do modelo e facilitou a convergência das inúmeras possibilidades que as plataformas

proporcionam, com o compartilhamento de recursos entre os intermediários tradicionais⁵.

Muito mais do que uma simples plataforma digital, a organização de empresas por meio das bases da economia compartilhada tem como principal objetivo permitir o compartilhamento por meio de princípios como comunidade, reciprocidade, igualdade, flexibilidade e liberdade⁶. Tal modelo se aproxima das tradicionais cooperativas que, ao invés de se reunirem por meio de uma plataforma digital, se organizam por meio de uma estrutura societária que também permite que agentes que praticam a mesma atividade econômica se reúnam e reduzam custos de transação, por meio da chamada economia solidária.

Em que pese o modelo de negócios das plataformas da economia de compartilhamento perpassar por um momento de interação online, quando é realizada a intermediação, conectando o consumidor com a empresa/entregador/proprietário que presta o serviço buscado, existe também uma conexão que é feita *offline* entre os usuários. Nesse modelo, o espaço físico não é entendido como obsoleto, mas sim como componente necessário para seu bom funcionamento.

O vínculo necessário com o espaço físico pode ser bem percebido ao se observar os impactos da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas plataformas de compartilhamento, sejam esses positivos ou negativos. As restrições de deslocamento ao redor do mundo culminaram em uma crise no mercado de transportes individuais e no mercado de hospedagens e locação por temporada, mercados nos quais há ampla atuação de plataformas de economia compartilhada.

Por outro lado, serviços de entrega de alimentos vivenciaram um período de alta durante a pandemia. O impacto nessas plataformas não foi sentido da mesma forma que as demais, pois este serviço era classificado como essencial na maioria dos países⁷ e por sua dinâmica ser favorecida pelo trabalho remoto. Caso contrário, a impossibilidade dos entregadores se deslocarem nas ruas ou dos restaurantes funcionarem para delivery impactaria negativamente o mercado de entregas por aplicativo - e, conseqüentemente, o de restaurantes -, evidenciando ser

⁵ ERICKSON, Kristofer; SØRENSEN, Inge. Regulating the sharing economy. 2016. p. 4. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/regulating-sharing-economy>. Acesso em: 24 abr. 2021.

⁶ *Ibidem*. p. 4.

⁷ No Brasil o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, classificou os serviços de entrega de alimentos como essenciais.

impossível dissociar a prestação desse serviço de intermediação digital das condições do mercado físico.

Veja que se o espaço físico não desempenhasse importante papel no modelo de negócios da plataforma de compartilhamento, as medidas de isolamento social, que efetivamente impediram que as pessoas ocupassem e se deslocassem por esse espaço físico, não causariam o impacto visto acima. Esse não seria o caso, por exemplo, de outras plataformas digitais, que tem seu modelo de negócio pautado nas relações e intermediações realizadas majoritariamente de forma online. É precisamente essa constante interação com o espaço físico, e mais propriamente a aproximação com o mercado tradicional que será analisada neste capítulo. Dos impactos causados pela pandemia do Covid-19 foi possível observar como os empecilhos criados ao mercado físico podem impactar o desenvolvimento das atividades dessas plataformas, mas o grande questionamento é de que forma essas impactam o mercado tradicional.

Um exemplo clássico do impacto econômico da inserção dessas plataformas em mercados anteriormente tradicionais é o caso do aplicativo Uber contra os serviços de táxi, que gerou diversas discussões quando a plataforma estava se estabelecendo no mercado brasileiro, até mesmo com a promoção de protestos por parte dos taxistas⁸, pelo fato do aplicativo não ser regido por legislação específica e não estar sujeito às regulamentações de observância obrigatória pelos taxistas, o que parece também ser o caso de muitas outras plataformas quando da sua inserção no mercado. A quantificação desse impacto, inclusive, foi avaliada em estudo realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE), no qual verificou-se que a entrada da Uber gerou, em média, *a redução de 56,8% no número de corridas de aplicativos de táxis nas cidades em que a plataforma estava presente* e, adicionalmente, que para cada 1% de aumento no número de corridas da Uber, o número de corridas de aplicativos de táxi caiu em aproximadamente 0,09%⁹ (grifos nossos).

⁸ PORTAL G1. Taxistas estacionam em frente ao Congresso em protesto contra a Uber: Motoristas protestam contra projeto de lei que tramita no Senado para regularização dos serviços de transporte por aplicativo, como Uber e Cabify. 17 out. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/taxistas-estacionam-em-frente-ao-congresso-em-protesto-contra-uber.ghtml>. Acesso em 24 abr. 2021

⁹ RESENDE, Guilherme Mendes; LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade (org.). Documento de Trabalho nº 001/2018: Efeitos concorrenciais da economia de compartilhamento no Brasil: A entrada do Uber afetou o mercado de aplicativos de

Esse mesmo embate ocorreu entre o setor hoteleiro francês e o Airbnb. Os hoteleiros franceses reclamavam de “concorrência desleal de particulares que oferecem alojamento por meio da Airbnb, sem ter de respeitar as regras rigorosas aplicáveis aos hotéis”¹⁰. Nesse caso, a vitória parece ter sido da plataforma de locação, vez que a Corte de Justiça da União Europeia entendeu, no caso C-390/18, que a plataforma não poderia ser considerada uma corretora de imóveis, deixando claro o entendimento de que se tratava de serviço de intermediação por meio de plataforma eletrônica, que visava conectar hóspedes em potencial com anfitriões, sejam estes profissionais ou não¹¹.

Ademais, por operarem por meio de plataformas de dois ou múltiplos lados, essas empresas lidam com no mínimo dois grupos distintos de usuários. Como se sabe, modelos de negócios de dois ou mais lados não são uma novidade e já estavam presentes no mercado tradicional, sendo um bom exemplo os shopping centers, que permitem que vendedores e compradores se encontrem em um lugar comum¹².

Isso não quer dizer, contudo, que não possam advir preocupações concorrenciais, principalmente quando os intermediadores são plataformas digitais. Interações feitas por meio da plataforma de dois lados podem gerar externalidades negativas e positivas, reforçando o comportamento de ambos os lados da plataforma, vez que para “atrair compradores, a plataforma precisa de um grupo de vendedores participantes. Mas para atrair estes vendedores, a plataforma precisa ter um grupo de compradores.”¹³ Trata-se das externalidades de rede ou também denominadas efeitos de rede.

táxi entre 2014 e 2016? Brasília: Cade – Departamento de Estudos Econômicos, 2018.

¹⁰ MLECZKO, Marcin. Sharing Economy and Traditional Economy: a matter of substitutability... between cats and dogs? Kluwer Competition Law Blog, 24 mar. 2017. Disponível em:

<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/24/sharing-traditional-economy-matter-substitutability-cats-dogs/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

¹¹ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. Press Release No. 162/19: Judgement in Case C-390/18 Airbnb Ireland. Luxembourg, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/cp190162en.pdf>. Acesso em 27/04/2021

¹² KING, Stephen P. Sharing Economy: What Challenges for Competition Law. Journal of European Competition Law & Practice, 01 out. 2015.

¹³ Tradução Livre. *Ibidem*, p. 2

Nesse sentido, plataformas que se inseriram primeiro no mercado ou que detêm posição dominante podem captar um maior número de usuários, sejam vendedores ou compradores, o que por sua vez irá atrair mais usuários: os compradores interessados na maior quantidade de produtos e serviços oferecidos, e os vendedores interessados na clientela já cadastrada. Esse cenário pode criar um potencial efeito de “*tipping*”, que levaria a um poder de mercado imune à entrada de novos *players*, vez que a tendência dos usuários seria adentrar na plataforma mais consolidada, pois sabem que detêm um número maior de participantes, mesmo que eventualmente o novo entrante ofereça mais eficiência e benefícios. Motivo pelo qual se fala que o poder de mercado e a dominância podem ser consideradas características inerentes das plataformas *peer-to-peer*.¹⁴

Todavia, ao mesmo tempo que características inerentes às plataformas da economia de compartilhamento, como os mencionados efeitos de rede em plataformas de dois lados, tem condão de criar barreiras à entrada de novas plataformas que atuem no mesmo mercado digital, esse não parece ser, a princípio, o caso para aqueles serviços ou produtos ofertados no mercado tradicional que intermediam. Observe-se que, em verdade, nos setores que foram “atingidos” pela introdução das plataformas de compartilhamento, a concorrência passou a ocorrer entre os setores tradicionais e esses novos entrantes, que antes talvez não tivessem condições de competir com os *players* consolidados no mercado, como o setor hoteleiro e os taxistas.

Referindo-nos apenas às barreiras de entrada, faz-se oportuno reconhecer que as plataformas e aplicativos da economia de compartilhamento de fato criam um caminho facilitado para que um novo fornecedor, vendedor ou mesmo pessoa física entre em determinados mercados. Veja-se, por exemplo, que o Airbnb facilita a entrada no mercado de hospedagem e locação e a competição com hotéis e albergues, enquanto o Uber facilita a entrada no mercado de serviços de transporte privado individual e a competição com os serviços de táxi, que antes possuíam altas barreiras à entrada.¹⁵

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ MLECZKO, Marcin. Sharing Economy and Traditional Economy: a matter of substitutability... between cats and dogs? Kluwer Competition Law Blog, 24 mar. 2017. Disponível em: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/24/sharing-traditional-economy-matter-substitutability-cats-dogs/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

Essa possibilidade de que pessoas físicas ou empresas com algum tipo de bem ou serviço subutilizado adentrem no mercado sem incorrer em custos demasiados ou altas barreiras à entrada pode explicar o rápido crescimento dessas plataformas da economia de compartilhamento. Nesse sentido, para a Professora Juliet Schor, as atividades da economia de compartilhamento podem ser divididas em quatro categorias: (i) recirculação de bens; (ii) maior utilização de bens duráveis; (iii) troca de serviços; e (iv) compartilhamento de ativos produtivos¹⁶. Com base na definição da professora, a autora Gabriela Junqueira¹⁷ faz interessante paralelo entre a economia de compartilhamento e o modelo “*Commons-based*”, especialmente em relação ao compartilhamento de bens, o que, ao nosso ver, traz importante diferença entre esse modelo e o utilizado por outras plataformas digitais, conforme será abordado no capítulo 4.

Veja então que a economia de compartilhamento abre um leque de possibilidades para a interação com o mercado físico e tradicional. Essas diversas interfaces criam espaço tanto para externalidades positivas, como a geração de eficiência, a diminuição de custos, entrada de novos usuários como *players* no mercado; quanto para externalidades negativas, como altas barreiras à entrada de outras plataformas pelos efeitos de rede, possibilidade de condutas anticompetitivas, abuso de posição dominante, entre outros.

Tendo em vista a importância e as inovações trazidas pela economia de compartilhamento e o surgimento das plataformas nela inseridas, passa-se a uma análise sobre como as plataformas de compartilhamento estão inseridas no contexto dos mercados digitais ao redor do mundo, dando destaque para a União Europeia, os Estados Unidos e o Brasil.

¹⁶ SCHOR, Juliet. Debatendo a Economia do Compartilhamento. In: ZANATTA, Rafael; KIRA, Beatriz (org.). Economias do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, 2017. p. 32.

¹⁷ JUNQUEIRA, Gabriela de Oliveira. Commons-bases production: em busca por subsídios para uma reflexão sobre a economia do compartilhamento. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

3. As plataformas de compartilhamento no contexto dos mercados digitais ao redor do mundo

Observa-se que a revolução tecnológica possibilitou a ampliação dos mercados, e a mudança para o modelo de mercado entre pares, no qual consumidores têm acesso facilitado a bens e serviços de outros consumidores; ao invés de adquirir produtos novos, que seriam utilizados ocasionalmente, os consumidores passaram a pagar por acesso temporário a certos produtos. O papel das plataformas digitais, portanto, é facilitar e mediar o contato entre quem oferta e quem consome um serviço ou bem, garantindo maior segurança em relação a uma contratação esporádica e facilitando o pagamento¹⁸. Tal aspecto positivo, contudo, não afasta a preocupação das autoridades das mais diversas jurisdições quanto aos seus possíveis efeitos nocivos à concorrência, independentemente da sua categoria.

A confusão entre os tipos de plataformas digitais é perfeitamente compreensível, ainda mais tendo em vista que a sua efetiva categorização ainda gera discussão na academia, de modo que não é nossa pretensão apresentar uma tipologia rígida ou taxativa. Fato é que sua organização vem sendo discutida à luz da teoria das plataformas de dois ou múltiplos lados e dos mercados digitais, tendo como principais marcos teóricos produzidos no direito antitruste nos últimos anos os relatórios “*Competition Policy for the Digital Era*”¹⁹ da Comissão Europeia, “*Stigler Committee on Digital Platforms*”²⁰ produzido pelo *Chicago Booth* e “*Investigation of Competition in Digital Markets*”²¹ produzido pela *House of Comittee* norte americana. Ademais, vale

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION. Business Innovation Observatory. The Sharing Economy: Accessibility based business models for peer-to-peer markets. European Union, 2013.

¹⁹ EUROPEAN COMMISSION. Competition Policy for the digital era: final report. European Union, 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

²⁰ CHICAGO BOOTH. Stigler Committee on Digital Platforms: final report. United States of America: 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

²¹ HOUSE OF COMMITTEE. Investigation of Competition in Digital Markets. United States of America, 2020. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519. Acesso em: 18 abr. 2021.

ressaltar também o Documento de Trabalho nº 005/2020²² produzido pelo Cade sobre “*Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*” por meio do qual a autoridade reúne os principais documentos elaborados por autoridades internacionais.

Chama atenção, contudo, que os relatórios analisam principalmente as condutas de quatro Big Techs: Apple, Google, Amazon e Facebook, e, em especial, o poder que a *big data* exerce, considerando: (i) a tendência à formação de monopólios; (ii) a utilização de mecanismos de preço zero, (iii) a influência da publicidade na monopolização de outros mercados, (iv) as altas margens de lucro e grandes barreiras à entrada, e (v) os efeitos de rede. Em relação aos efeitos de rede, chama atenção o Relatório do “*Stigler Committee on Digital Platforms*”²³, no qual constata-se que as plataformas acima citadas possuem “fortes efeitos de rede, fortes economias de escala e notáveis economia de escopo, tendo em vista o papel dos dados e o custo marginal próximo a zero, custos de distribuição drasticamente baixos que empresas de construção e alcance mundial”. Ademais, indicam que:

[M]ercados com essas características combinadas são suscetíveis a grandes inflexões - um ciclo que leva a uma empresa dominante e alta concentração. Os mercados digitais tendem a inflexões por duas razões principais. Em primeiro lugar, como os custos fixos desempenham um papel tão importante nos mercados digitais, esses mercados apresentam retornos de escala especialmente grandes. Em segundo lugar, muitos mercados digitais são impulsionados por efeitos de rede que fortalecem os grandes operadores e enfraquecem os novos.

Em especial, observa-se que as autoridades se preocupam com a posição dominante detida pelos players, sendo considerado pela Comissão Europeia no Relatório “*Competition Policy for the Digital*

²² Cade. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Brasil, 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: 18 abr. 2021.

²³ CHICAGO BOOTH. *Stigler Committee on Digital Platforms: final report*. United States of America, 2019. p. 34. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

Era”²⁴ que nos mercados digitais, o player com posição dominante tem o papel de evitar quaisquer distorções de mercado que possam afetar a competitividade. Esse entendimento foi a base para a condenação no caso Google Shopping julgado pela Comissão Europeia, de encontro ao argumento utilizado pelo Cade ao arquivar caso semelhante. A autoridade de defesa da concorrência brasileira entendeu não estar configurado tratamento discriminatório, vez que a redução de comparadores de preço no mercado brasileiro não temnexo causal com as práticas comerciais do Google.

Um aspecto relevante suscitado pelos relatórios é justamente a utilização de preço zero em troca de subsídios como (i) “dados” e (ii) “atenção”, e os desafios que o modelo traz para a teoria tradicional do direito antitruste, que se baseia principalmente no fator preço em sua metodologia²⁵. Tem-se que o chamado preço zero é utilizado como forma de obtenção dos dados de um grupo de usuários que, posteriormente, serão utilizados em outros mercados como insumo para estratégias, direcionamento de publicidade, previsão de comportamentos, entre outras.

Por esse motivo a posse de dados é um importante instrumento para a manutenção de posição dominante dessas plataformas. No relatório especializado, *Competition Policy for the Digital Era*, a União Europeia entendeu que as maiores plataformas gozam de vantagens competitivas frente aos novos *players*, não apenas em razão dos efeitos de rede e externalidades, mas também pelo acesso privilegiado aos dados²⁶. Nesse sentido, sustenta que se o “acesso privilegiado aos dados de um usuário [...] permite que um serviço do ecossistema ofereça um produto muito melhor, os concorrentes não serão capazes de competir com base no mérito, por exemplo baseado no melhor algoritmo”²⁷. A partir desse raciocínio, novos entrantes no mercado dificilmente

²⁴ EUROPEAN COMMISSION. Competition Policy for the digital era: final report. European Union, 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²⁵ RENZETTI, Bruno; BUENO, Carolina; PAIXÃO, Raíssa. Mercados Digitais: alguns conceitos. In: Direito da Concorrência em plataformas digitais. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 30.

²⁶ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexander; SCWEITZER, Heike. Competition Policy for the digital era. European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

²⁷ Tradução Livre. *Ibidem*.

conseguiriam competir com as empresas já estabelecidas, de forma que os dados coletados poderiam servir para a criação de barreiras à entrada.

Nesse contexto, ainda que as plataformas de economia compartilhada não utilizem dados da mesma forma que as *Big Techs*, objetos de estudo dos relatórios produzidos nos últimos anos, interessante notar que, nas mais diversas jurisdições, as plataformas de compartilhamento vêm sendo analisadas no escopo amplo das economias digitais, sendo colocadas no mesmo cenário macro que outras empresas com estratégias completamente diferentes, ou sequer são mencionadas nos trabalhos que pontuam preocupações com o modelo de negócio da economia digital. Tal fato nos faz questionar de que forma as jurisdições vêm analisando as plataformas de compartilhamento no bojo dos mercados digitais. Portanto, passa-se a breve retomada do contexto histórico de análise do mercado das plataformas de compartilhamento com o intuito de verificar os entendimentos e mudanças ocorridas ao longo dos anos.

3.1 Plataformas de compartilhamento na União Europeia

Ao analisar as discussões traçadas ao longo dos anos pelos órgãos da União Europeia, desde o crescimento da visibilidade das plataformas digitais relacionadas a economia de compartilhamento no mercado europeu, percebe-se a ascendente preocupação com as consequências que a atuação destes novos agentes pode gerar. Neste sentido, pretende-se destacar as principais discussões e conclusões no âmbito da União Europeia relacionadas a estes agentes, assim como as perspectivas futuras dos mercados digitais e das plataformas compartilhadas, em especial aquelas pautadas na relação entre pares, a fim de traçar um paralelo com o andamento da discussão no âmbito nacional.

O crescimento da economia de compartilhamento na União Europeia, segundo o estudo de caso nomeado *The Sharing Economy: Accessibility based business models for peer-to-peer markets*²⁸ elaborado pelo *Business Innovation Observatory* em 2013, se deu em razão de fatores macroeconômicos, sendo eles a diminuição da confiança nas grandes companhias devido à crise econômica e financeira em meados de

²⁸ EUROPEAN COMMISSION. Business Innovation Observatory. *The Sharing Economy: Accessibility based business models for peer-to-peer markets*. European Union, 2013.

2008; o aumento dos índices de desemprego, diminuindo o poder de compra dos consumidores; a busca da população por maneiras de ganhar ou economizar dinheiro, tornando os consumidores mais receptivos ao modelo de negócio entre pares, centralizado no consumidor; e a diminuição dos custos tecnológicos para hospedagem de uma plataforma online *peer-to-peer*.

No ano de 2016, a Comissão Europeia elaborou o estudo “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”²⁹, enviado para o Parlamento Europeu, servindo de subsídio, para a edição de Resolução³⁰ com o mesmo nome em 2017, sendo este o instrumento jurídico não vinculante utilizado para guiar as discussões sobre a questão. Neste documento, foram ressaltados alguns dos benefícios das plataformas colaborativas: o surgimento de oportunidades de emprego com regimes de trabalho mais flexíveis; a geração de novas fontes de rendimento e de uma maior oferta e preços mais baixos aos consumidores; o incentivo a partilha de bens favorecendo um uso mais eficiente e sustentável dos recursos, entre outros.

Contudo, os questionamentos realizados ainda em 2013, quando essas plataformas começaram a crescer na União Europeia, continuavam a gerar inseguranças. Devido às diferentes abordagens adotadas no âmbito dos estados-membros, que não entraram em consenso sobre como tratar a questão, a incerteza ainda vigorava quando da aplicação da regulamentação relacionada à dialética entre consumidor e fornecedor, existindo, ainda, zonas cinzentas do ponto de vista regulamentar, que poderiam facilitar o contorno de regras que buscam preservar o interesse público e o equilíbrio do mercado. Destaca-se, ainda, que com o passar dos anos, cada vez mais empresas de pequeno e médio porte passaram a utilizar plataformas de economia compartilhada, antes utilizadas quase que totalmente por consumidores. Entretanto, a legislação da União Europeia não define explicitamente a partir de que momento os pares passariam a ser considerados como prestadores de serviço ou profissionais.

²⁹ EUROPEAN COMMISSION. Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. European Union, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0356&from=EN>. Acesso em: 18 abr. 2021

³⁰ PARLAMENTO EUROPEU (União Europeia). Resolução de 15 de junho de 2017. Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. União Europeia, 2016. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

O estudo também aborda em que medida as plataformas colaborativas estariam sujeitas aos requisitos de acesso ao mercado. Para tanto, seria preciso analisar a natureza das atividades das plataformas, verificando se elas prestam “serviços de informação”³¹ ou de “intermediação” ligados a outros ramos. Utilizam-se, então, três critérios para verificar se a plataforma exerce qualquer influência sobre o prestador de serviços: *o preço, as condições contratuais essenciais e a quem pertence a propriedade dos principais ativos*. Esta diferença deve ser analisada em cada caso e já foi objeto de decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nos casos *Uber France SAS v Nabil Bensalem*³², e *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain, SL*³³, o Tribunal entendeu que o serviço de intermediação prestado pela empresa Uber se qualificaria no conceito de “serviço de informação”, no entanto, verificou que o “serviço de informação” prestado pela empresa estava relacionado a oferta de serviços de transporte urbano, sendo que a empresa, além de ter desenvolvido o aplicativo, sem o qual a atividade não poderia ser exercida, influenciava nas condições de prestação de serviço do motorista, definindo o preço máximo da corrida, cobrando o preço do cliente e controlando a qualidade dos veículos. Portanto, o Tribunal entendeu que o “serviço de intermediação” ofertado pela Uber seria parte de um serviço global de transporte, não podendo este ser qualificado como “serviço de informação”, mas sim como serviço no domínio dos transportes. Nota-se que a compreensão relativa ao nível de alcance do serviço prestado foi contraposta à utilização de uma plataforma na intermediação do serviço, tornando a análise do caso ainda mais complexa.

Diversamente, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Airbnb Ireland UC*³⁴, reconheceu o Airbnb como um “serviço de informação”, uma vez que a plataforma se limitava a organizar as ofertas e as demandas de acordo com a localização, preços e permitindo a

³¹ O “*Information society service*” na União Europeia é um serviço cuja remuneração é realizada à distância por meio de equipamentos eletrônicos.

³² FRANÇA. Tribunal de Grande Instância de Lille. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 320/16. Julgamento em: 10 abr. 2018.

³³ ESPANHA. Tribunal de Comércio n. 3 de Barcelona. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 434/15. Julgamento em: 20 dez. 2017.

³⁴ ITÁLIA. Consiglio di Stato. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 723/19. Julgamento em: 30 jun. 2020.

comparação entre ofertas. Destacou que em nenhum momento foi comprovado que a plataforma fixava ou limitava o preço a ser cobrado pelo aluguel dos imóveis, por exemplo, somente ofertando instrumento de utilização opcional que estimava o preço da locação ou seguro para o imóvel. Outrossim, o Tribunal ressaltou que a plataforma concorre diretamente com outros sites na internet voltados para a locação imobiliária, o que por si só demonstra que a plataforma não seria indispensável para a prestação do serviço de alojamento. Neste sentido, considerou que o “serviço de intermediação” prestado pelo Airbnb não poderia ser considerado como parte integrante de um serviço global de alojamento.

O estudo elaborado pela Comissão Europeia, ademais, entendeu que as plataformas estariam sujeitas a requisitos de acesso devido a disposições previstas nas legislações dos estados-membros, estes requisitos devem ser justificados e proporcionais, além de considerar as especificidades da economia de compartilhamento. Neste contexto, observa-se que a maioria das regulamentações que impõe requisitos de acesso ao mercado para estas plataformas referem-se, em sua justificativa, a vários objetos de interesse público, sendo que estes requisitos devem ser não-discriminatórios e necessários para alcançar um objetivo. No entanto, a Comissão acredita que a regulamentação flexível deste mercado poderia ser benéfica, aumentando a produtividade e facilitando o ingresso de novos *players*, de modo a ampliar as opções disponíveis aos consumidores e reduzir o valor dos serviços prestados.

Posteriormente, no ano de 2017, um relatório denominado *Exploratory Study of consumer peer-to-peer platform markets*³⁵, foi elaborado a pedido da *Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency (Chafea)* em nome da Comissão Europeia. Neste documento, o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia, como uniformizador das interpretações dadas a legislação e aplicadas a todos os estados-membros foi reafirmado. Dentre os casos julgados, destaca-se o *Sabrina Wathelet v Garage Bietheres & Fils SPRL*³⁶, no qual se decidiu que indivíduos que agem como intermediários, mas dão ao consumidor a

³⁵ EUROPEAN COMMISSION. Exploratory Study of consumer peer-to-peer platform markets. European Union, 2017. Disponível em: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45245. Acesso em: 18 abr. 2021.

³⁶ BÉLGICA. Tribunal de Recurso de Liège. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 149/15. Julgamento em: 09 nov. 2016.

impressão de serem profissionais, poderiam ser considerados fornecedores. Nesses casos, o relatório entende que este pensamento poderia ser estendido às plataformas digitais inseridas no mercado entre pares que ativamente organizam as transações concluídas, pois seriam um modo de determinar o grau de responsabilidade da plataforma.

Outrossim, o documento destaca que a legislação europeia não distingue claramente as transações entre empresas e consumidores, e entre consumidores nas plataformas colaborativas. Por conseguinte, dos contratos entre consumidores podem surgir uma série de problemas práticos relacionados à proteção das partes, como assimetrias de informações. Tendo em vista a insegurança jurídica devido à inexistência de legislação pertinente, as plataformas têm voluntariamente adotado medidas para se resguardar e garantir a proteção dos usuários e um padrão de qualidade, criando, por exemplo, Códigos de Conduta.

Curiosamente, o relatório elaborado em 2017 indicou que apesar da maioria dos *stakeholders* acreditar que iniciativas legislativas a nível da União ou nacionais fariam com que as plataformas colaborativas funcionassem de maneira mais efetiva para os consumidores, alguns entendem que novas legislações seriam desnecessárias e representariam um obstáculo ao desenvolvimento dos *peer-to-peer markets*. Neste contexto, o documento verificou que os *stakeholders* priorizam iniciativas relacionadas a economia de compartilhamento a nível da União antes de intervir no cenário nacional ou local, com o intuito de evitar uma abordagem fragmentada. Por fim, o relatório entende que um controle *ex post* é preferível, pois não interfere na entrada de novas *players* no mercado ou atrapalha o desenvolvimento de novas tecnologias e inovações.

No fim do ano de 2020, a Comissão Europeia apresentou ao Parlamento Europeu proposta de regulamentação dos serviços e mercados digitais^{37 38}, que visa definir regras claras a serem seguidas

³⁷ COMISSÃO EUROPEIA (União Europeia). Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais). União Europeia, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0842&from=PT>. Acesso em: 18 abr. 2021.

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA (União Europeia). Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE. União Europeia, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

pelas plataformas digitais, em especial aquelas de intermediação em linha. O objetivo é facilitar o acesso de novos *players* ao mercado digital, clarificar ao nível da União os casos nos quais as plataformas podem ser responsabilizadas e estabelecer obrigações claras para essas.

Na atualidade as regras que regulam a atuação das plataformas são elaboradas pelos estados-membros, sendo extremamente fragmentadas e causando distorções no mercado comum europeu, no entanto, tendo em vista que os problemas abarcados pelas propostas possuem natureza transfronteiriça, a elaboração de regulação a nível da União é considerada adequada. Apesar das propostas não tratarem especificamente das plataformas inseridas na lógica da economia de compartilhamento, acredita-se que uma maior regulamentação dos mercados e serviços digitais é vantajosa para todas as plataformas digitais, pois essas estão inseridas nesse mercado digital e são, também, beneficiadas pela harmonização das regras aplicadas, garantindo uma maior segurança jurídica, e facilitando a sua expansão ao redor da Europa.

Ante os estudos e documentos analisados, tem-se que, desde o crescimento do número de plataformas colaborativas atuantes na Europa, em meados de 2013, as discussões sobre a temática se tornaram cada vez mais complexas. Apesar de não existir, até o momento, uma regulamentação vinculante sobre a questão, a temática já foi abordada em documentos de *soft law*, que orientam a atuação dos estados-membros e da União, e, por diversas vezes, questões relacionadas a este novo modelo de negócio foram abordadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Nas discussões relacionadas às plataformas colaborativas, percebe-se uma grande preocupação com a responsabilização destas e as consequências, positivas ou negativas, que esse modelo de negócio gera aos consumidores. Ademais, discute-se a insegurança jurídica devido à inexistência de uma regulação da União sobre o tema, uma vez que a variedade de regulamentações nos diferentes estados-membros dificulta a atuação dos *players* no mercado, um dos motivos pelo qual as propostas relacionadas ao mercado digital único foram elaboradas.

Todavia, ao analisar o contexto de surgimento das plataformas colaborativas nos Estados Unidos e as discussões que daí decorreram, observa-se o tratamento diverso que o país dá a estas plataformas. Enquanto na União Europeia as discussões se pautam na regulação das

economias de compartilhamento, pois a falta de regulamentação ou a aplicação das normas criadas para os mercados tradicionais gera insegurança jurídica e traz consequências negativas para estas plataformas; nos Estados Unidos prefere-se a não regulamentação deste novo modelo de mercado, salvo se necessário para defender o interesse público ou para evitar restrições de acesso adotadas a nível municipal ou estadual, pois acreditam que o excesso de regulamentação gera mais prejuízos do que benefícios ao mercado. Tendo em vista estas diferenças, passa-se a analisar as principais discussões relacionadas à economia de compartilhamento no contexto norte-americano.

3.2 Plataformas de compartilhamento nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, as plataformas colaborativas se popularizaram rapidamente, tanto é que em meados de 2013, enquanto as discussões sobre as plataformas de compartilhamento estavam se iniciando na Europa e as primeiras companhias se instalavam e se expandiam no Velho Continente, a população norte-americana já estava acostumada com o mercado entre pares, sendo que várias empresas já faziam parte do dia a dia da população. Portanto, as companhias norte-americanas já obtinham grandes lucros com este modelo de negócio, de modo a incentivar *players* a entrarem no mercado da economia de compartilhamento ou incentivando as empresas a expandir o seu escopo de atuação, fazendo surgir discussões quanto a este novo modelo de negócio.

No ano de 2016, a *Federal Trade Commission* (FTC) realizou o workshop *The “Sharing” Economy: issues facing platforms, participants and regulators*³⁹, produzindo documento que até os dias atuais é considerado guia para as discussões sobre a temática. Entre os tópicos discutidos, destaca-se os problemas competitivos acarretados pela economia de compartilhamento, tendo em vista que existe a possibilidade de fornecedores e profissionais pertencentes ao mercado tradicional também atuarem por meio das plataformas colaborativas. Neste contexto, concluiu-se que, enquanto em um primeiro momento a economia de compartilhamento é caracterizada pelas relações entre pares, o que, ao

³⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION (United States of America). *The “Sharing” Economy: Issues facing platforms, participants and regulators*. United States of America, 2016. Disponível em: <https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>. Acesso em: 24 abr. 2021.

mesmo tempo, traz vantagens e acarreta diversos problemas legais; em um segundo momento, a tendência seria que profissionais e fornecedores também prestassem seus serviços nessas plataformas. Com efeito, acredita-se que a inserção de profissionais e fornecedores nas plataformas seja benéfica, uma vez que tornaria a ferramenta mais atrativa para o grupo de consumidores que ainda desconfiava deste novo modelo de negócio.

Outro fator considerado relevante, e que contribui para a manutenção de um mercado competitivo, seria a área geográfica de atuação dos *players*. Plataformas relacionadas a prestação de serviços domésticos, por exemplo, podem ser muito utilizadas em determinada localidade, de acordo com as preferências dos usuários, mas não possuem grande influência no mercado regional, por exemplo. Isto seria benéfico, pois evitaria que uma plataforma se tornasse dominante no mercado nacional. Já nos casos de plataformas de acomodação, por exemplo, o que interessa ao usuário, para que ele continue a utilizar a plataforma, é a extensão geográfica na qual ela atua, sendo interessante que ela abranja as mais diferentes localidades no cenário mundial. Neste sentido, ao contrário da lógica dos mercados tradicionais, entende-se que nem sempre a concentração do mercado traz desvantagens aos consumidores na economia de compartilhamento.

Concluiu-se, outrossim, no documento elaborado pelo *FTC*, que as plataformas inseridas na economia de compartilhamento seriam entendidas como serviços de intermediação, entretanto, ainda era necessário discutir as consequências práticas caso estas plataformas digitais contratassem profissionais para atuar dentro delas prestando serviços aos usuários. Neste contexto, entendeu-se que tal se caracterizaria como uma integração vertical, o que poderia causar efeitos concorrenciais negativos ao mercado.

Posteriormente, no ano de 2018, os Estados Unidos elaboraram nota para a Organização para Cooperação Desenvolvimento Econômico (OCDE), denominada *Taxi, ride-sourcing and ride-sharing services*⁴⁰, que ressalta aspectos importantes da economia compartilhada, em especial aqueles relacionados ao setor de transportes. Neste relatório, é pontuado que as Comissões de Comércio norte-americanas (“*Federal*

⁴⁰ UNITED STATES OF AMERICA. *Taxi, ride-sourcing and ride-sharing service*: Note by the United States. United States of America, 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-2010-present-other-international-competition-fora/taxi_united_states.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021

Antitrust Agencies”) historicamente tendem a não interferir no mercado, a não ser que a regulação deste seja necessária para atingir interesse público legítimo ou para evitar restrições de acesso adotadas a nível municipal ou estadual. Outrossim, as Comissões buscam proteger os consumidores, garantindo a proteção dos seus direitos. Neste contexto, a Comissão Federal de Comércio, no caso dos serviços de transporte que utilizam plataformas colaborativas, entendeu que qualquer regulamentação só deveria ser realizada caso fosse extremamente necessária, caso contrário poderia se transformar em uma barreira para inovação e a entrada de novas empresas no setor.

Com efeito, o documento destaca o caso concreto de regulação pouco tradicional dos serviços de transportes em Washington D.C. e Nova Iorque. O crescimento das plataformas colaborativas relacionadas aos serviços de transporte fez surgir discussões quanto aos requisitos que deveriam ser observados por estas. Enquanto aqueles que prestavam serviços tradicionais de transporte afirmavam que os motoristas que forneciam seus serviços no âmbito das plataformas colaborativas não se submetiam a nenhum tipo de regulação; os defensores das plataformas inseridas na economia de compartilhamento entendiam que este modelo de negócio não deveria se submeter às regulações já existentes, uma vez que as plataformas seriam meras intermediadoras entre consumidores e fornecedores.

A solução encontrada pelas duas cidades – Washington D.C. e Nova Iorque – foi permitir que os motoristas, prestadores de serviços de transporte e deslocamento, cobrassem tarifas diferentes das regularmente estabelecidas para serviços prestados por meio de aplicativos, enquanto as tarifas cobradas para serviços realizados de acordo com o modelo tradicional – acenando ou assobiando para o veículo, por exemplo – estariam sujeitas ao previsto na regulação. Portanto, ao invés de proibir a atuação de plataformas colaborativas relacionadas aos serviços de transporte ou submeter os serviços prestados por meio de aplicativos as tarifas regulamentada - o que, em certo sentido, poderia inviabilizar a atividade destas plataformas colaborativas-, a solução encontrada por estas cidades permite que as novas plataformas continuem a ofertar os seus serviços, favorecendo a competição entre os *players* do mercado, sem inviabilizar os serviços ainda relacionados com o modelo tradicional.

Portanto, percebe-se que as discussões relacionadas às plataformas de compartilhamento nos Estados Unidos se iniciaram em momento anterior às discussões europeias, mesmo porque o modelo das plataformas colaborativas se difundiu mais rapidamente entre os norte-

americanos. Apesar de problemas semelhantes envolvendo a economia compartilhada serem identificados tanto na União Europeia, quanto nos Estados Unidos, nos Estados Unidos ainda predomina a ideia de autorregulação das plataformas como o caminho mais adequado, pois possibilitaria a inovação e não impediria a entrada de novos *players* no mercado. Por outro lado, na União Europeia defende-se uma regulamentação a nível da União para evitar um cenário de insegurança jurídica. Considerando o exposto e as diferentes discussões abordadas, passa-se a expor o contexto brasileiro e as questões relacionadas à economia de compartilhamento.

3.3 Plataformas de compartilhamento no Brasil

Assim como na União Europeia e Estados Unidos, não existe no Brasil um marco regulatório específico para as plataformas da economia do compartilhamento. O tema da economia de compartilhamento, seja no seu âmbito econômico, trabalhista, tributário ou civil, segue envolto em várias discussões e dúvidas ante ao vazio regulatório a que se insere.

Os avanços observados na regulamentação da área, em geral, têm se iniciado pela jurisprudência dos tribunais judiciais e administrativos, em alguns casos decorrendo posteriormente em positivação normativa por parte do legislativo. A regulação que se tem hoje em dia, porém, diz respeito apenas a questões específicas de serviços ou mercados determinados ou mesmo questões gerais pontuais, que não abrangem toda a complexidade do modelo de negócios da economia de compartilhamento.

Neste sentido, temos que no mercado de serviços de transporte privado individual⁴¹ foram traçadas discussões acerca da efetiva cobrança de tributos municipais pela prestação de serviços e a contratação de seguros para os trabalhadores, requisitos esses que eram aplicados em relação à atividade taxista, mas que até recentemente, com a alteração das Leis nº 12.587/2012 e 13.640/2018, não se estendem às plataformas da economia de compartilhamento. Outrossim, no bojo no mercado de aplicativos de alimentos, discute-se muito sobre o regime de trabalho dos

⁴¹ Serviços de transporte privado individual, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 são entendidos como “transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede” e oferecidos por plataformas como Uber, 99 Táxi, Cabify, entre outras.

entregadores de aplicativo, estando atualmente a discussão sendo travada no âmbito legislativo, de modo que diversos projetos de lei tramitam atualmente no Congresso Nacional sobre os direitos de entregadores de aplicativo, dos quais cita-se o PL nº 3.577/2020, que busca, além de realizar alterações na CLT para garantir melhores condições ao entregador, estabelecer um limite máximo de 20% para as taxas dos aplicativos, tanto para entregas quanto para transporte, frisando que esse valor não poderá ser repassado ao consumidor .

Em que pese as normativas não tratem diretamente da regulação concorrencial ou econômica, todos os campos de regulação mencionados têm condão de influir em possíveis vantagens ou desvantagens competitivas para as plataformas da economia de compartilhamento, bem como causar distorções nos mercados ou mesmo desincentivar o desenvolvimento dessas plataformas. Essas iniciativas nos ajudam a ter uma ideia melhor do leque de possibilidades e limites que as plataformas da economia de compartilhamento dispõe. Esse quadro, contudo, não é suficiente para determinar com precisão questões de regulação econômica e concorrencial, como por exemplo o que se considera posição dominante, como o *market share* deve ser calculado e o que é ou não considerado abuso de posição dominante pela autoridade de defesa da concorrência.

Um dos trabalhos mais importantes realizados pelo Cade no estudo das plataformas de compartilhamento foi destinado à análise do setor de transporte individual de passageiros no âmbito do Processo nº 08700.000924/2017-87, que culminou na produção do Documento de Trabalho nº 001/2018, “Efeitos concorrenciais da economia de compartilhamento no Brasil: A entrada do Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?”. Por meio da utilização de um método de painel com efeitos-fixos em uma base de 590 (quinhentos e noventa) municípios e 36 (trinta e seis) meses, o Cade apontou que, entre os anos de 2014 e 2016, a entrada da Uber gerou, em média, a redução de 56,8% no número de corridas dos aplicativos de táxi. E ainda, que para cada 1% de aumento no número de corridas da Uber, o número de corridas de aplicativos de táxi caiu para 0,09%.

O estudo concluiu que esses aplicativos de intermediação haviam gerado modificações estruturais no ambiente de transporte individual, não apenas conquistando novos usuários, mas também rivalizando com o mercado tradicional de táxi. Apesar do impacto sentido pelo mercado tradicional, o relatório dispõe que “além de gerar benefícios aos consumidores e incentivar a entrada de novos ofertantes no mercado

de transporte remunerado individual, tais inovações solucionaram algumas falhas de mercado presentes no referido setor, tornando defasada a regulação atual dos serviços de táxi.”⁴² A conclusão do Cade, portanto, não foi no sentido da necessidade de maiores restrições aos aplicativos, recomendando aos entes municipais evitar medidas que dificultem a operação de tais serviços via aplicativos, mas sim de desregulamentação gradual dos serviços de táxi, em especial, nos aspectos relacionados a barreiras à entrada e a liberdade tarifária.⁴³

Em relação às operações societárias, não foram encontrados muitos atos de concentração submetidos para análise do Cade por parte dessas plataformas de compartilhamento, e aqueles que foram submetidos não parecem ter encontrado muitos problemas para a aprovação sem restrições. Para isso, cumpre analisar o que o Cade vem decidindo a esse respeito. Em análise dos dois dos principais mercados que possuem plataformas digitais como importantes intermediadores de prestadores de serviços, analisamos atos de concentração e condutas anticompetitivas envolvendo os mercados de (i) transporte e (ii) delivery⁴⁴, para compreender quais as principais preocupações do Cade quanto a esses casos.

Um caso interessante é o Ato de Concentração nº 08700.000611/2019-91, que trata de investimento realizado pela Estrela, sociedade anônima que funciona como veículo de investimento do Grupo Tora Transportes na TruckPad, empresa que fornece uma série de ferramentas e tecnologias que permitem aproximar embarcadores (agentes que demandam serviços de transporte rodoviário) aos Transportador Autônomo de Cargas - TAC. No caso em questão, chama atenção que a empresa de logística e transporte foi comparada com a das plataformas Uber, 99 Taxi, Ifood e Airbnb, mesmo praticando atividade

⁴² RESENDE, Guilherme Mendes; LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade (org.). Documento de Trabalho nº 001/2018: Efeitos concorrenciais da economia de compartilhamento no Brasil: A entrada do Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016? Brasília: Cade – Departamento de Estudos Econômicos, 2018. p. 45

⁴³ *Ibidem*, p. 45

⁴⁴ Em relação ao mercado de acomodações, em pesquisa por termos no sistema do Cade (“SEI”), não foram encontradas operações ou condutas que envolvessem diretamente players como Airbnb. Contudo, interessa notar que plataformas como Booking, Trivago e Airbnb foram mencionados no comparativo entre estadias do mercado de Hoteis, no bojo do Ato de concentração 08700.002398/2017-90. (Cade. Ato de Concentração. 08700.002398/2017-90. Parecer. 06 jul. 2017).

sem qualquer sobreposição. qual seja o mercado de intermediação de frete rodoviário, pelo simples fato de se tratar de aplicativo móvel.

Quanto ao mercado de *delivery*, analisou-se a mais recente aquisição feita pelo iFood, que culminou no Ato de Concentração nº 08700.007262/2017-76, relativo à aquisição de participação minoritária da Delivery Hero AG pela Naspers Ventures B.V., empresa pertencente ao grupo econômico detentor do controle da iFood e *Spoonrocket*, cuja aprovação sem restrições foi dada em 08 de março de 2018. No caso supramencionado, a Superintendência Geral entendeu que a possibilidade de impacto concorrencial da operação derivava da sobreposição horizontal entre as atividades das requerentes no segmento online de comida, sendo os mercados relevantes: (i) o mercado municipal de pedidos online de comida, para aqueles municípios em que há dados disponíveis; e (ii) o mercado nacional de pedidos online de comidas. Interessante notar que uma das principais ressalvas feitas no parecer que concedeu a aprovação foi em relação a uma série aquisições realizadas no realizadas pela empresa nos mercados em questão, envolvendo *startups* e companhias pertencentes a grandes grupos internacionais⁴⁵.

A Superintendência aduz em seu parecer que a série de aquisições de empresas rivais seria parte da estratégia de nacionalização do iFood, vez que o crescimento orgânico para determinadas localidades envolve custo muito altos. A área técnica afirmou, contudo, que tal estratégia deveria ser monitorada em casos futuros, já que poderiam servir de barreira à entrada de novos agentes, tendo em vista que “se toda *startup* que começa a despontar é adquirida pela iFood, é improvável que alguma se desenvolva plenamente de modo a poder oferecer alguma rivalidade no mercado.”⁴⁶

Essa é uma preocupação existente não apenas no âmbito nacional, mas também em diversas jurisdições. Isso porque, por se tratar muitas vezes de *startups* ainda com pouca participação efetiva no mercado e/ou faturamentos inferiores àqueles definidos para a submissão para a análise das autoridades antitruste, essas aquisições e fusões acabam saindo do radar de análise.⁴⁷ O controle dessas concentrações é

⁴⁵ Cade. Processo Administrativo nº 08700.007262/2017-76. Anexo Público ao Parecer nº 05/2018.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 36

⁴⁷ PIRES-ALVES, Camila Cabral; GONZALO, Manuel; LYRA, Marcos Puccioni de Oliveira. Startups and Young Innovative Firms Mergers & Acquisitions: An Antitrust Debate? Lessons From The Ict Tecno-Economic Paradigm. Rev. Econ.

um desafio para o mercado mundial, pois envolvem não apenas a análise do passado da companhia, mas também uma previsão do seu futuro. Sobre o tema, o *The European Consumer Organization* sustentou a necessidade de analisar a empresa adquirida a partir da potencialidade de se tornar futuramente um competidor eficaz, tendo em vista que “a contrafactual chave não deve ser o *status quo*, mas se a *startup* seria um jogador independente com credibilidade e, portanto, um competidor eficaz restrição ausente da aquisição, e se a aquisição por outra empresa resultaria em danos menos competitivos”.⁴⁸

Um caminho acerca da melhor forma de avaliar esse possível impacto da concentração não foi dado pelo Cade no parecer do Ato de Concentração analisado, repisando apenas que a estratégia de aquisição deve ser acompanhada. O que guiou a Superintendência para a recomendação pela aprovação sem restrições se deu principalmente pelo fato do mercado de pedidos *online* já ser concentrado previamente a operação, de forma que a aquisição em questão não teria condão de alterar essa realidade pela baixa relevância da empresa adquirida no mercado brasileiro. Em contraponto ao problema da frustração de possíveis rivalidades por aquisições, a SG aduz uma expectativa de forte crescimento desse mercado nos próximos anos, entendendo haver baixa rivalidade em razão da entrada de outros players internacionais como Uber Eats e Rappi.

Veja-se, então, que a discussão no referido Ato de Concentração focou essencialmente nas barreiras à entrada e concentração de mercado, seja pela expectativa de entrada e crescimento de novos players ou pelo adendo quanto às estratégias de aquisição. Esses são pontos importantes, pois, como visto anteriormente, plataformas de dois lados tendem a criar efeitos de rede, que se não forem bem acompanhados, ensejam uma possível concentração de mercado e criação de altas barreiras à entrada.

Também chamamos atenção à análise feita pela SG na definição do mercado relevante do Ato de Concentração 08700.001962/2019-19⁴⁹ envolvendo o mercado de entregas de restaurantes, tendo em vista que,

Contemp., Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, e192324, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200202&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁴⁸ Tradução Livre. OCDE. Start-ups, killer acquisitions and merger control – Note by BEUC. Directorate for financial and enterprise affairs. Competition Committee, 11 jun. 2020.

⁴⁹ Cade. Ato de Concentração. 08700.001962/2019-19. Parecer. 07 jun. 2019.

sob a ótica do produto foram considerados tanto modelos de pedido do mercado tradicional, quanto do mercado digital, quais sejam: i) por telefone; ii) *marketplaces* ou plataformas multi-restaurantes; iii) plataformas dedicadas; iv) Plataformas especialistas em pedidos e logística.

Já na ótica geográfica, a autoridade indicou como fatores que apontam para a definição do mercado como nacional: (i) a precificação (taxas dos consumidores e dos lojistas) seria, na maioria dos casos, determinada a nível nacional; (ii) as ações de marketing seriam realizadas a nível nacional e buscam aumentar o reconhecimento da marca da plataforma; e (iii) as plataformas de pedidos de comida, como os *marketplaces*, e os especialistas em logística, seriam bastante escaláveis. Em relação à classificação do mercado de forma mais restrita, a SG apontou como características: (i) a demanda pelo serviço ser inerentemente local; (ii) a expansão da área geográfica coberta por uma plataforma não ser automática e precisar de investimento, como a estruturação do *marketplace* local, com novas parcerias com restaurantes e entregadores; e (iii) a estratégia de entrada das empresas no segmento usualmente ocorrer de forma local, envolvendo um município exclusivo.

No âmbito dos processos administrativos, o Cade está atualmente analisando uma suposta conduta abusiva por parte do iFood. Em 25 de setembro de 2020, a empresa Rappi, que também presta serviços de intermediação de delivery de alimentos, entrou com representação em desfavor do iFood, sustentando a prática de infração à ordem econômica nos termos do art. 36, caput, I e §3, III, IV e V da Lei nº 12.529/2011 no mercado *online* de comida.

Sustentou a Rappi que o iFood era detentor de posição dominante no mercado de pedidos online, o que lhe permitiria praticar uma série de condutas abusivas, como a discriminação dos restaurantes parceiros em decorrência da celebração de acordo de exclusividade e da imposição de condições comerciais diferenciadas. Afirmou que a suposta conduta traz elevado risco à concorrência e elevadas barreiras à entrada e que os efeitos líquidos negativos ao consumidor podem ser vistos no aumento de taxas que invariavelmente são repassadas aos usuários do aplicativo.⁵⁰

Evidenciou que a conduta anticompetitiva estava intrinsecamente ligada a posição dominante, isso porque “presume-se que

⁵⁰ Cade. Processo Administrativo nº 08700.004588/2020-47. Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade. 10 mar. 2021.

acordos de exclusividade celebrados com agentes que não possuem dominância no mercado relevante não são aptos a induzir o fechamento do mercado. Inclusive, muitas vezes a adoção de exclusividades por players menores é reação para assegurar a sobrevivência.”⁵¹

Em contrapartida, o iFood sustentou, em síntese, que o mercado de pedidos de comida é extremamente dinâmico, e que a celebração dos acordos de exclusividade serviria para criar incentivos para o investimento nas parcerias, o que seria necessário para evitar o efeito *free rider* e garantir à plataforma o retorno do seu investimento. Sustentou também que apenas uma parte limitada de seus parceiros seriam exclusivos.

Pois bem, diante das manifestações da representada e representante, a Superintendência Geral emitiu a Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade tendo como premissa o fato de que “uma plataforma de múltiplos lados em um mercado digital, há preocupações concorrenciais concernentes a fenômenos como *tipping*.”⁵² Sustentou, assim, que tais características poderiam ser identificadas no mercado de pedidos *online* de comida, e que por ter sido a primeira plataforma a se estabelecer no Brasil, teria conseguido captar um grande portfólio de restaurantes, de forma a atrair a atenção de mais consumidores, cristalizando, portanto, um efeito de rede que cria “uma considerável barreira a entrada de novos concorrentes”⁵³. Amoldando-se, igualmente, a tese da Comissão Europeia acerca da posição dominante, a SG afirmou o seguinte:

A jurisprudência concorrencial não aponta a prática de exclusividade em um contrato como ilícito per se, por ser possível haver argumentos razoáveis a embasar sua adoção. [...] No entanto, é pacífico que a adoção de cláusulas de exclusividade por agentes com posição dominante tem o potencial de (i) provocar fechamento de mercado, (ii) aumentar barreiras à entrada, (iii) elevar os custos dos rivais ao restringir sua atuação naquele mercado ou relegá-los a fornecedores (no caso, restaurantes) menos atrativos.⁵⁴

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cade. Processo Administrativo nº 08700.004588/2020-47. Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade. 10 mar. 2021.

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ *Ibidem*.

A Superintendência entendeu, então, estarem presentes a fumaça do bom direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, fundado na “característica de dinamicidade do mercado, associada ao momento de franca expansão pelo qual ele passa, especialmente motivado pela pandemia de covid-19, que alavancou o mercado de *delivery* de comida.”⁵⁵ Veja-se que também na seara das condutas, o debate acerca das plataformas da economia do compartilhamento focaram-se sobre efeitos de rede e barreiras à entrada, dessa vez também com evidência da posição dominante dos players em questão.

Esse conjunto de precedentes e estudos realizados pelo Cade nos dão um melhor direcionamento acerca das problemáticas que podem advir no futuro acerca das plataformas da economia de compartilhamento, ficando claro que não existe distinção clara entre os mercados tradicionais e a operação das plataformas digitais nos mercados digitais.

4. Especificidades das plataformas de compartilhamento nos mercados digitais

De acordo com Henri Piffaut⁵⁶, plataformas agem como intermediários e diferem de outros modelos em pelo menos três formas. Em primeiro lugar em relação ao seu design e seu papel na regulação de transações, tais como i) compartilhar o uso de um bem caro e pouco utilizado (como Airbnb); ii) trocar direitos de propriedade (eBay); iii) permitir acesso e uso de capital humano (técnicas, conhecimento (TaskRabbit), iv) promover pontos de encontro para interações sociais (Facebook). Em segundo lugar em relação ao papel dos dados, que sevem tanto como *input* quando *output*, podendo variar entre independência dos dados (como é o caso das plataformas de compartilhamento) ou grande dependência (como é o caso das mídias sociais, como Facebook). O terceiro ponto é a relação aos efeitos de rede, que se refere à relação entre a demanda de um lado da plataforma com os outros lados.

Chamamos atenção ao fato que o autor aponta a independência das plataformas de compartilhamento em relação aos dados, vez que esse

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ PIFFAUT, Henri. Platforms, A Call For Data-Based Regulation. 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/platforms-a-call-for-data-based-regulation/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

é justamente um dos aspectos que nos chama atenção quando do agrupamento de diversos tipos de mercados digitais, em contraposição ao realizado nos casos citados no tópico 3 supra. Nota-se que, ainda que os dados sejam importantes para a melhoria da performance da plataforma, estes não são indispensáveis ao desenvolvimento do modelo.

Por exemplo, antes da efetiva difusão do modelo das plataformas na Europa, havia considerável desconfiança dos consumidores em relação as transações realizadas pela internet, o que configurava empecilho para a difusão desse modelo de mercado, sendo a cultura de cada país elemento determinante para o acolhimento ou não desse. Com o intuito de aumentar a confiança dos usuários, as plataformas de economia compartilhada passaram a implantar sistemas de avaliação dos serviços e bens ofertados, assim como uma verificação da identidade do usuário, de modo que estudos destacam que políticas públicas garantindo um padrão mínimo de qualidade e segurança seriam de grande valia para o setor. Na época, outro empecilho enfrentado era a dificuldade de encontrar investidores dispostos a investir neste novo modelo de mercado, uma vez que essas plataformas ainda não eram amplamente utilizadas⁵⁷.

Alega-se⁵⁸ que a insegurança jurídica seria um dos principais problemas enfrentados pelas plataformas inseridas na modelo de economia de compartilhamento, devido à inexistência de legislação específica que trate sobre o tema e a aplicação de legislações relacionadas ao modelo entre empresas (*business to business*) ou entre empresas e consumidores (*business to consumers*), que tende a privilegiar os consumidores, entendidos como o elo mais fraco na relação existente. Consequentemente, a falta de legislação adequada causa dúvida sobre o que distingue as atividades da economia colaborativa de um negócio regular. Assim, por exemplo, como se diferencia uma pessoa que aluga diversos quartos da sua casa por meio de uma plataforma digital de um pequeno hotel? Nesse contexto, entende-se o porquê de algumas plataformas pressionarem os governos a regular este novo mercado.

É fato que a economia colaborativa está estritamente relacionada ao mercado de dois ou vários lados (*multisided market*), uma vez que um maior número de consumidores beneficia e atrai vendedores

⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION. Business Innovation Observatory. The Sharing Economy: Accessibility based business models for peer-to-peer markets. European Union, 2013.

⁵⁸ *Ibidem*.

para determinada plataforma e, no mesmo sentido, um maior número de vendedores beneficia e atrai mais consumidores para a plataforma⁵⁹. Todavia, esta característica pode limitar a entrada de novos *players* no mercado e contribuir para que uma plataforma se torne dominante, afetando o equilíbrio concorrencial. Isto se deve, pois, uma nova plataforma não seria atrativa para os consumidores se não possuísse um quantitativo razoável de prestadores de serviço, do mesmo modo, não seria interessante para os prestadores de serviço fazerem uso de uma plataforma caso esta não atraísse uma quantidade razoável de consumidores. Nada impede, no entanto, que os consumidores façam uso de mais de uma plataforma ao mesmo tempo, o que impediria, em alguma medida, os efeitos concorrenciais negativos acima descritos e tornaria o mercado mais competitivo e equilibrado.

Nesse sentido, a utilização de dados nessas plataformas é feita justamente para conferir aos usuários das duas pontas da plataforma (consumidores e prestadores de serviço) mais segurança em suas transações. Reduzir o fluxo de dados e informações de forma inadequada poderia, inclusive, prejudicar os próprios usuários, tendo em vista que esse é o aspecto central que permite transparência nos negócios. Diferentemente dos casos de “preço zero” nos quais os dados permitem o perfilamento e indução do comportamento dos consumidores, nesse caso, dados são utilizados para permitir a segurança e transparência na relação entre as partes.

Deste modo, há dois entendimentos entre os estudiosos relacionados à regulamentação da economia de compartilhamento⁶⁰: (i) por um lado, acredita-se que a introdução de regulamentações relacionadas a economia de compartilhamento seria uma barreira para a inovação e entende-se que os mecanismos de auto regulação oferecidos pelas plataformas – sistemas de avaliação e comentários, verificação de identidade, entre outros – seriam suficientes para garantir um mercado

⁵⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION (United States of America). The “Sharing” Economy: Issues facing platforms, participants and regulators. United States of America, 2016. Disponível em: <https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>. Acesso em: 24 abr. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. Taxi, ride-sourcing and ride-sharing service: Note by the United States.

Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/#:~:text=A%20Uber%20no%20Brasil,capitais%20e%20>

⁶⁰ *Ibidem*.

competitivo; (ii) por outro lado, acredita-se que uma regulamentação apropriada traria benefícios aos consumidores e iria ao encontro do interesse público. Ressalta-se que mesmo os que defendem uma maior regulamentação, alertam que ela deve se limitar ao necessário. No entanto, definir os limites desta regulamentação é complexo, motivo pelo qual este ponto também é objeto de diversas discussões. Nos termos da Juliet Schor, avaliações e informações sobre a reputação estão no centro das questões sobre capital social das economias de compartilhamento⁶¹.

Interessa notar que uma importante repercussão de plataformas de compartilhamento não versa diretamente sobre sua inclusão no cenário competitivo, e sim, sobrea sua interface com a questão dos mercados tradicionais. Inclusive, denúncias que são recorrentemente direcionadas às plataformas de compartilhamento como, preço predatório e precarização do trabalho⁶² também não são problemas intrínsecos e exclusivos desses modelos de negócio - diferentemente de problemas que decorrem, por exemplo, de *big data* -, e sim, fazem parte dos grandes problemas de empresas tradicionais. Para Affonso Pereira de Souza e Lemos⁶³, o sistema de avaliação das plataformas é importante, tendo em vista que

A disponibilização dessas informações é um instrumento fundamental para a criação de um ambiente que incentive a formação de confiança entre aquele que busca um produto ou o desenvolvimento de uma atividade e quem pode atender à demanda. Por ser pautada por relações cada vez mais pessoais, ainda que prestadas por ou por meio de empresas, a economia do compartilhamento depende desse incremento no nível de transparência para que os indivíduos possam

⁶¹ SCHOR, Juliet. Debatendo a Economia do Compartilhamento. *In*: ZANATTA, Rafael; KIRA, Beatriz (org.). Economias do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, 2017. p. 32.

⁶² Nesse sentido, o relatório da OCDE traz preocupações acerca da relação entre os impactos do Direito Antitruste no mercado de trabalho, uma preocupação da autoridade é quando o monopólio e o oligopólio podem gerar a redução dos salários, tendo em vista o poder de mercado nessas empresas. (OECD. Competition in Labour Markets. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>).

⁶³ AFFONSO PEREIRA DE SOUZA, Carlos; LEMOS, Ronaldo. Aspectos Jurídicos da Economia do Compartilhamento: função social e tutela da confiança. *In*: ZANATTA, Rafael; KIRA, Beatriz (org.). Economias do Compartilhamento e o Direito. Curitiba: Juruá, 2017, p. 72.

saber quem prestará a atividade solicitada e, até mesmo com base nas informações que venham a ser disponibilizadas, possam decidir sobre a efetiva contratação ou não.

O relatório “*Stigler Committee on Digital Platforms*”⁶⁴ chama atenção para o impacto que os dados detidos por determinadas plataformas podem gerar até mesmo na democracia, tendo em vista que alguns dados, além de conferir poder de mercado, também podem gerar aumento do poder político. Insta ressaltar que isto pode ser considerado como uma verdadeira “caixa preta” ante a ausência de transparência quanto ao uso desses dados, que pode até mesmo ensejar tratamento discriminatório aos membros.

O aspecto central da economia de compartilhamento, portanto, não são os dados utilizados, e sim, a descentralização das atividades que possibilita o ganho da economia de escala e a utilização por diversos usuários, de modo que a economia de compartilhamento pode ser caracterizada como “um modelo descentralizado no qual dois indivíduos interagem para comprar ou vender bens e serviços diretamente com o outro, sem intermediação de terceiros e sem o uso de uma empresa”⁶⁵, sendo a transação realizada de forma direta. De acordo com Affonso Pereira de Souza e Lemos⁶⁶, além da centralização são características desse tipo de economia há redução de custos de transação, bem como a atração das vontades pessoais (economia da atração), de modo que:

O acesso gerado aos bens e aos serviços na economia do compartilhamento cria as condições para o desenvolvimento de um fenômeno denominado “consumo colaborativo”, que privilegia justamente o acesso em detrimento da aquisição de propriedade sobre os bens que não serão explorados em todo o seu potencial. Dessa forma, o ato de se valer de bens, da expertise e até mesmo da disponibilidade alheia, sempre em constante mediação por meio da tecnologia, marca esse

⁶⁴ Tradução livre. CHICAGO BOOTH. Stigler Center for the Study of Economy and the State: final report. United States of America, 2019. p. 34.

⁶⁵ DYAL-CHAND, Rashmi. Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System. *Tulane Law Review*, v. 90, n. 2, p. 241-309, 2015.

⁶⁶ AFFONSO PEREIRA DE SOUZA, Carlos; LEMOS, Ronaldo. Aspectos Jurídicos da Economia do Compartilhamento: função social e tutela da confiança. *In: ZANATTA, Rafael; KIRA, Beatriz (org.). Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 62.

período. Compartilha-se o carro, o quarto, a casa, um saber prático ou mesmo o tempo vago.

Talvez o grande problema desse tipo de estrutura compartilhada é que, não obstante se tratar de uma plataforma digital, sua proximidade com os mercados tradicionais gera uma confusão entre o seu papel e até mesmo a legalidade de sua estrutura. Nesse sentido, os autores Mark Anderson e Max Ruffman⁶⁷ criaram uma metodologia para enquadramento de condutas praticadas por players das economias de compartilhamento ao *Sherman Act*, justamente por conta dessa dificuldade de identificação dos efeitos de condutas anticompetitivas nos modelos de negócio e de trabalhos que compararam o modelo de negócio de empresas de compartilhamento com a formação de cartéis⁶⁸. Assim, de acordo com os autores, o enquadramento do modelo da economia compartilha deve analisar o comportamento das empresas em conjunto e separadamente, para verificar se existiriam acordos colusivos enquadráveis no ordenamento. Caso sejam identificados acordos, também é necessário avaliar se deve ser aplicada a regra *per se* ou da razão⁶⁹.

Como muito bem sustentado por Gabriela Junqueira⁷⁰, o fato de as relações tradicionalmente hierarquizadas serem tornadas horizontais pode produzir marcas profundas na forma como consumidores, produtores, empregadores e trabalhadores se relacionam, gerando tensões não só na definição das relações de cooperação e concorrência, como também de responsabilidade civil e até mesmo no que diz respeito ao compartilhamento de bens materiais. Nesse sentido, tais alterações também devem ser levadas em consideração pelas autoridades antitruste, não só na considerando a sua estrutura de plataforma digital, mas também

⁶⁷ ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. *The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a Firm, a Cartel, or Something in Between?* 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954632. Acesso em: 24 abr. 2021

⁶⁸ NOWZG, Julian. *The Uber-Cartel? Between Labour and Competition Law*. Lund Student EU Law Review, v. 3, 2016.

⁶⁹ ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. *The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a Firm, a Cartel, or Something in Between?* 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954632. Acesso em: 24 abr. 2021

⁷⁰ JUNQUERA, Gabriela de Oliveira. *Commons-bases production: em busca por subsídios para uma reflexão sobre a economia do compartilhamento*. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 106-107.

as eficiências geradas sob a perspectiva dos usuários e sua profunda conexão com os mercados tradicionais.

5. Conclusões

No presente artigo, buscamos lançar luz às principais discussões e às especificidades das plataformas de compartilhamento, principalmente quanto à sua relação com os mercados tradicionais. Essa diferenciação é importante especialmente para que, no desenvolvimento de uma metodologia de análise de casos que envolvem tecnologias disruptivas, as autoridades antitruste compreendam em que medida é possível comparar plataformas digitais distintas e em que medida é possível comparar uma plataforma digital à uma empresa tradicional.

Dentre as principais características das plataformas de compartilhamento, chamamos atenção às seguintes: (i) dados são subsídios utilizados pelas plataformas, mas não são insumos essenciais e indispensáveis; (ii) descentralização das atividades; (iii) redução de custos de transação; (iv) atração das vontades pessoais (economia da atração); (v) modelo de avaliação e transparência; e (vi) intermediação que congrega ofertas individuais, como bens e serviços por meio de uma base comum.

Ao se debruçarem sobre as características apontadas, as diferentes jurisdições analisadas neste artigo apresentaram pontos convergentes acerca da necessidade de regulação. Apesar de partirem de posicionamentos, a princípio, divergentes, com os Estados Unidos adotando uma posição menos intervencionista em relação à União Europeia, ambos parecem concordar quanto os benefícios de dar flexibilidade para atuação desse mercado, o que possibilitaria aumentar a produtividade, facilitar o ingresso de novos *players* e permitir a inovação. No Brasil, o posicionamento do Cade também parece ir nesse sentido, vez que, quando da análise do mercado de transportes privados individuais, a conclusão da autoridade foi no sentido da desregulamentação dos serviços de táxi e não de maiores restrições ao mercado intermediado por plataformas digitais. O equilíbrio entre o mercado tradicional e da economia compartilhada parece estar sendo buscado, portanto, por meio da revisão das premissas regulatórias dos mercados tradicionais, ao invés do reforço regulatório nos novos mercados digitais.

Igualmente, da experiência europeia, observou-se uma preocupação com a ausência de regulação unificada e principalmente

sobre uma possível fragmentação dessa, o que causaria distorções no mercado comum europeu. Embora essa análise não possa ser integralmente transposta para a experiência brasileira, é possível estender as reflexões feitas para os estados-membros da União Europeia para as entidades federativas no Brasil. À título ilustrativo, como narrou-se no primeiro tópico deste artigo, verificou-se que a pandemia teve um forte impacto na atuação das plataformas, principalmente considerando a competência para determinar as medidas de isolamento dos municípios e estados, o que acaba por dificultar ainda mais a prestação dos serviços. Veja-se que a fragmentação das disposições tem condão de criar empecilhos práticos à atuação destas empresas, considerando a atuação no mercado nacional da grande maioria dessas empresas, especialmente no que tange a questão da insegurança jurídica.

Em relação a possíveis práticas anticompetitivas ou criação de distorções no mercado, as principais preocupações do Cade para o futuro da economia de compartilhamento parecem envolver a criação de barreiras à entrada de novos players, seja na análise de atos de concentração, quando apontou preocupações com o crescimento não orgânico das plataformas e fechamento do mercado, bem como na apuração de condutas unilaterais, em que se analisou potenciais abusos de posição dominante decorrentes de efeitos de rede e assinatura de contratos exclusivos.

Assim, buscamos contribuir para o debate trazendo-o novamente para os holofotes das discussões sobre economia digital, com a esperança de promover discussões e incentivar o desenvolvimento de uma teoria das plataformas, e não somente de seu plano macro.

6. Referências

AFFONSO PEREIRA DE SOUZA, Carlos; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. Curitiba: 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25740#:~:text=Destaque%20C3%A9%20dado%20ao%20princ%C3%ADpio,al%C3%A9m%20e%20gerar%20impactos%20relevantes>. Acesso em: 24 abr. 2021.

ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a Firm, a Cartel, or Something in Between? 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954632. Acesso em: 24 abr. 2021.

BÉLGICA. Tribunal de Recurso de Liège. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 149/15. Julgamento em: 09 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.002398/2017-90. Parecer. 06 jul. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.001962/2019-19. Parecer. 07 jun. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.007262/2017-76. Anexo Público ao Parecer nº 05/2018. 08 mar. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.004588/2020-47. Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade. 10 mar. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasil, 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: 24 abr. 2021.

CHICAGO BOOTH. Stigler Committee on Digital Platforms: final report. United States of America, 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

CMA. Online platforms and digital advertising: Market study final report. 2020. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf Acesso em: 31 mar. 2021.

COBBE, Jennifer. Behind Cambridge Analytica lay a bigger threat to our democracy: Facebook. *The Guardian*. 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/commentisfree/2020/oct/15/cambridge-analytica-threat-democracy-facebook-big-tech> Acesso em: 31 mar. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA (União Europeia). Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais). União Europeia, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0842&from=PT>. Acesso em: 18 abr. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA (União Europeia). Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE. União Europeia, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=EN>. Acesso em: 18 abr. 2021.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. Press Release No. 162/19: Judgement in Case C-390/18 Airbnb Ireland. Luxembourg, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/cp190162en.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexander; SCWEITZER, Heike (org.). *Competition Policy for the digital era*. European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

DYAL-CHAND, Rashmi. Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System. *Tulane Law Review*, v. 90, n. 2, p. 241-309, 2015.

ERICKSON, Kristofer; SØRENSEN, Inge. Regulating the sharing economy. 2016. Disponível em: <https://policyreview.info/articles/analysis/regulating-sharing-economy>. Acesso em: 24 abr. 2021

ESPAÑA. Tribunal de Comercio n. 3 de Barcelona. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 434/15. Julgamento em: 20 dez. 2017.

EUROPEAN COMMISSION. Business Innovation Observatory. The Sharing Economy: Accessibility based business models for peer-to-peer markets. European Union, 2013.

EUROPEAN COMMISSION. Competition Policy for the digital era: final report. European Union: 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. Exploratory Study of consumer peer-to-peer platform markets. European Union, 2017. Disponível em: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45245. Acesso em: 18 abr. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. European Union, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0356&from=EN>. Acesso em: 18 abr. 2021.

FEDERAL TRADE COMMISSION (United States of America). The “Sharing” Economy: Issues facing platforms, participants and regulators. United States of America, 2016. Disponível em: <https://www.ftc.gov/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission>. Acesso em: 24 abr. 2021.

FRANÇA, Tribunal de Grande Instância de Lille. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 320/16. Julgamento em: 10 abr. 2018.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: PARENTONI, Leonardo (coord.). Direito, tecnologia e inovação. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 635-669.

HOUSE OF COMMITTEE. Investigation of Competition in Digital Markets. United States of America, 2020. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519. Acesso em: 24 abr. 2021.

ITÁLIA. Consiglio di Stato. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial. Processo nº C 723/19. Julgamento em: 30 jun. 2020.

JUNQUEIRA, Gabriela de Oliveira. Commons-bases production: em busca por subsídios para uma reflexão sobre a economia do compartilhamento. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

KING, Stephen P. Sharing Economy: What Challenges for Competition Law. *Journal of European Competition Law & Practice*, 01 out. 2015

MLECZKO, Marcin. Sharing Economy and Traditional Economy: a matter of substitutability... between cats and dogs? *Kluwer Competition Law Blog*, 24 mar. 2017. Disponível em: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/24/sharing-traditional-economy-matter-substitutability-cats-dogs/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

NOWZG, Julian. The Uber-Cartel? Between Labour and Competition Law. *Lund Student EU Law Review*, v. 3, 2016.

OECD. Competition in Labour Markets. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

OECD. Start-ups, killer acquisitions and merger control – Note by BEUC. Directorate for financial and enterprise affairs. Competition Committee, 11 jun. 2020

PARLAMENTO EUROPEU (União Europeia). Resolução de 15 de junho de 2017. Agenda Europeia para a Economia Colaborativa. União Europeia, 2016. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_PT.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

PIFFAUT, Henri. Platforms, A Call For Data-Based Regulation. 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/platforms-a-call-for-data-based-regulation/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

PIRES-ALVES, Camila Cabral; GONZALO, Manuel; LYRA, Marcos Puccioni de Oliveira. Startups and Young Innovative Firms Mergers & Acquisitions: An Antitrust Debate? Lessons From The Ict Tecno-Economic Paradigm. *Rev. Econ. Contemp.*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482019000200202&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 abr. 2021.

PORTAL G1. Taxistas estacionam em frente ao Congresso em protesto contra a Uber: Motoristas protestam contra projeto de lei que

tramita no Senado para regularização dos serviços de transporte por aplicativo, como Uber e Cabify. 17 out. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/taxistas-estacionam-em-frente-ao-congresso-em-protesto-contra-uber.ghml>. Acesso em: 24 abr. 2021.

RESENDE, Guilherme Mendes; LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade (org.). Documento de Trabalho nº 001/2018: Efeitos concorrenciais da economia de compartilhamento no Brasil: A entrada do Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016? Brasília: Cade – Departamento de Estudos Econômicos. 2018.

RENZETTI, Bruno; BUENO, Carolina; PAIXÃO, Raíssa. Mercados Digitais: alguns conceitos. *In: Direto da Concorrência em plataformas digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

SCHOR, Juliet. Debatendo a Economia do Compartilhamento. *In: ZANATTA, Rafael; KIRA, Beatriz (org.). Economias do Compartilhamento e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 32.

UNITED STATES OF AMERICA. Taxi, ride-sourcing and ride-sharing service: Note by the United States. United States of America, 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-2010-present-other-international-competition-fora/taxi_united_states.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

VEDASCHI, Arianna. Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU–Canada PNR agreement. *International Data Privacy Law*, v. 8, n. 2, p. 124–139, mai. 2018.

10. O PLANO DE DADOS ABERTOS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

10. THE BRAZILIAN ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE'S OPEN DATA PLAN

Amanda Karolini Burg; Joana Stelzer

Resumo: Na sociedade atual, marcada pela globalização e acesso amplo à informação, a questão da abertura de dados pela Administração Pública ganha destaque no âmbito da transparência e controle dos atos administrativos pela população. Considerando o papel primordial exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) na defesa da concorrência no país, bem como a suma importância da publicidade quanto às informações acerca da atuação da referida autarquia, o presente trabalho tem como objetivo apresentar o Plano de Dados Abertos do Cade e os avanços operados pelo órgão no que concerne à transparência, participação democrática e abertura de dados. Tem-se, portanto, como objetivos específicos: (i) conceituar dados abertos; (ii) apresentar o plano de dados abertos do órgão antitruste; e (iii) verificar a situação atual do referido Conselho quanto às medidas de transparência, participação e dados abertos. Trata-se de pesquisa pura, descritiva e indutiva, feita a partir de técnica bibliográfica e documental. Conclui-se que, embora destaquem-se as iniciativas do Cade no que concerne à transparência e participação popular, em relação à abertura de dados a autarquia apresenta um déficit quanto à oferta de dados e sua tempestividade.

Palavras-chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Plano de Dados Abertos; Dados Abertos Governamentais.

Abstract: Today, marked by globalization and wide access to information, the data opening by the Government is highlighted when is talked about transparency and control of administrative acts by the population. Seeing the primordial role played by the Brazilian Administrative Council for Economic Defense (CADE) in the national defense of competition, as well as the importance of advertising about the CADE's performance, this paper aims to introduce the CADE's Open Data Plan and the advances made by that Council from the point of view

of transparency, democratic participation and opening of data. The specific objectives are: (i) to conceptualize open data; (ii) presenting the CADE's Open Data Plan; and (iii) verify CADE's current situation concerning transparency, popular participation, and open data. It is a pure, descriptive and inductive research, based on bibliographic and documentary techniques. It is concluded that, although CADE's initiatives about transparency and popular participation are highlighted, in relation to the opening of data, the Council has a deficit in terms of data supply and its timeliness.

Key words: Brazilian Administrative Council for Economic Defense; Open Data Plan; Government Open Data.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 O que são dados abertos? 3 O plano de dados abertos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 4 Medidas adotadas pelo Cade no âmbito da transparência, participação democrática e dos dados abertos. 5 Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Num contexto marcado pela globalização e pela valorização do acesso à informação de forma ampla e rápida, é facilmente verificável a importância da abertura de dados pela Administração Pública como instrumento para fomento da transparência e, conseqüentemente, para controle dos atos administrativos pela população.

Assim sendo, discussões sobre transparência e controle se interligam cada vez mais àquelas atinentes às tecnologias de informação e à comunicação, exigindo que a Administração Pública se adapte, de forma a garantir acesso amplo e tempestivo aos seus dados, bem como o devido manejo dessas informações. Assim, faz-se mister o debate quanto aos dados abertos governamentais, nas mais variadas esferas e órgãos que compõem a Administração Pública.

No que diz respeito à regulação da economia pelo Estado, destaca-se o papel exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) na promoção e defesa da concorrência. Sendo assim, considerando o papel primordial exercido pelo Cade no controle do mercado nacional, bem como a suma importância da publicidade quanto à atuação da referida autarquia federal, o presente trabalho tem como objetivo apresentar o Plano de Dados Abertos do Cade e os avanços

operados pelo Conselho no que concerne à transparência, participação democrática e abertura de dados. Por sua vez, são objetivos específicos: (i) conceituar dados abertos; (ii) apresentar o plano de dados abertos do órgão antitruste; e (iii) verificar a situação atual do referido Conselho quanto às medidas de transparência, participação e dados abertos.

Trata-se de pesquisa pura, pois a investigação evidenciou os parâmetros de transparência segundo os ditames legais, sem perquirir implicações práticas. Relativamente aos objetivos, configurou-se pesquisa descritiva, na qual houve interesse em retratar a legislação pátria e a adequação do Conselho no âmbito do Plano de Dados Abertos do Cade, sem apontar relações de causalidade. Quanto à abordagem, foi utilizado o método indutivo, pois se trouxe um número suficiente de situações particulares, que revelaram a situação de avanço quanto à transparência. Relativamente à interpretação, foi utilizado o método gramatical. Os resultados foram apresentados exclusivamente sob a forma de textos. Utilizou-se a técnica bibliográfica e documental.

2. O que são dados abertos?

De acordo com a *Open Knowledge Foundation*¹, conhecimento aberto é todo conteúdo, dado ou informação que tenha seu uso, reutilização e distribuição livre, ou seja, que não esteja subordinado a restrições de cunho social, legal ou tecnológico. Nesse cenário, a definição de aberto promove duas ideias principais, quais sejam: (i) a noção de que, enquanto bem comum, quaisquer pessoas podem usar e participar da construção do conhecimento; e (ii) os sistemas devem ser interoperáveis², de tal modo que haja a ampliação máxima de sua capacidade de comunicação de forma transparente e interconectada com outros sistemas, independentemente de serem informatizados ou não³.

¹ OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. What is open? Disponível em: <https://okfn.org/opendata/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

² “Interoperabilidade significa a capacidade de diversos sistemas e organizações trabalharem juntos (interoperar). Neste caso, trata-se da capacidade de interoperar - ou combinar - diferentes conjuntos de dados” (OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. Open data handbook. O que são dados abertos? Disponível em: https://opendatahandbook.org/guide/pt_BR/what-is-open-data/. Acesso em: 22 nov. 2020).

³ OPEN KNOWLEDGE BRASIL. Por que open? Disponível em: <https://www.ok.org.br/dados-abertos/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Daí extrai-se a ideia de que “Conhecimento aberto é o que os dados abertos se tornam quando são úteis, utilizáveis e utilizados”⁴. Sendo assim, questiona-se: o que são dados abertos? Como estes se aplicam perante a Administração Pública brasileira?

Os dados abertos podem ser definidos como aqueles “[...] que podem ser livremente usados, reutilizados e redistribuídos por qualquer pessoa – sujeitos, no máximo, à exigência de atribuição da fonte e compartilhamento pelas mesmas regras”⁵. Da definição, extraem-se três pontos relevantes atinentes à essência destes dados: (i) a disponibilidade de acesso; (ii) a reutilização e redistribuição destes dados; e (iii) a participação universal. De forma sintética, tem-se que os dados, para serem considerados abertos, devem estar disponíveis como um todo, sob um custo razoável de reprodução, de forma conveniente e modificável, bem como, preferencialmente, disponíveis na internet; ainda, devem ser fornecidos de modo a permitir a reutilização, distribuição e uso conjunto a outros dados; finalmente, não se admite a discriminação quanto as pessoas que utilizarão estes dados ou seus fins, não sendo considerados abertos, *v.g.*, dados com restrições do tipo uso não-comercial ou exclusivamente para fins educativos⁶.

Na sociedade atual, marcada por imensa complexidade de relações sociais, inúmeros dados abertos apresentam potencial de uso ou aplicação, destacando-se aqueles de caráter cultural, científico, financeiro, estatístico, climático, ambiental etc.⁷ Dentre este rol de dados passíveis de utilização pela população devem, ainda, ser incluídos aqueles decorrentes das mais variadas atividades da Administração Pública, cuja transparência e possibilidade de controle pelos cidadãos são guias de atuação. Outrossim, é importante destacar que a ideia de dados abertos tem como foco dados não-pessoais⁸, respeitando também possíveis restrições de segurança nacional⁹.

⁴ OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. What is open? Disponível em: <https://okfn.org/opendata/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁵ OPEN KNOWLEDGE BRASIL. Por que open? Disponível em: <https://www.ok.org.br/dados-abertos/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁶ OPEN KNOWLEDGE BRASIL. Por que open? Disponível em: <https://www.ok.org.br/dados-abertos/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁷ OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. What is open? Disponível em: <https://okfn.org/opendata/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

⁸ No caso brasileiro, Cristóvam e Hahn relembram que o art. 31 da Lei de Acesso à Informação prevê que “[...] os dados pessoais terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem)

Em relação aos dados do governo aberto, estes encontram-se caracterizados como completos, primários e não processados, oportunos e ofertados de forma rápida, utilizáveis para qualquer finalidade, processáveis por máquinas, acessíveis de forma não discriminatória (de forma aberta e anônima), em formato não-proprietário e livres de patentes, licenças, marcas registradas etc. Em suma, não é possível confundir governo transparente com aquele de dados abertos, na medida em que a simples apresentação de informações em formato PDF, por exemplo, consiste em ato de transparência, mas não garante a interoperabilidade inerente aos dados abertos¹⁰.

Três são as leis que regem os dados abertos governamentais: “1. Se o dado não pode ser encontrado e indexado na Web, ele não existe; 2. Se não estiver aberto e disponível em formato compreensível por máquina, ele não pode ser reaproveitado; e 3. Se algum dispositivo legal

anos a contar da sua data de produção, mas poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros por previsão legal ou pelo consentimento expresso da pessoa titular das informações [...]” (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. *Rev. de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 6, n. 1, p. 1-24, jan./jun. 2020, p. 13). No mesmo sentido, Pires esclarece que “Todo dado que é público deve ser aberto, mas nem todo dado é público. A legislação brasileira trata como exceção à abertura dados particulares, capazes de identificar indivíduos, ferir seu direito à privacidade ou sua honra, dados considerados sigilosos ou dados que possam comprometer a segurança nacional” (PIRES, Marco Túlio. *Guia de Dados Abertos*. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, Governo do Reino Unido, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br - NIC.br, 2015. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/13/Guia_Dados_Abertos.pdf. Acesso em: 1º maio 2021, p. 11).

⁹ OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. Open data handbook. O que são dados abertos? Disponível em: https://opendatahandbook.org/guide/pt_BR/what-is-open-data/. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹⁰ ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. Big data and open data as sustainability tools. 2014. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/node/23975>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 19. Por exclusão, pode-se concluir que não são considerados dados abertos, por exemplo, aqueles não disponíveis na internet, em formato proprietário, disponíveis em formato não processável facilmente por máquinas, que exigem identificação do usuário, desatualizados, com restrições de licença (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 5 motivos para a abertura de dados na administração pública. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B366F2E2A40>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 9).

não permitir sua replicação, ele não é útil”¹¹. Sobre a relação entre dados abertos e informação pública, no Guia de Dados Abertos elaborado junto ao Estado de São Paulo, ensina Pires¹²:

“Dados abertos” é um termo que ganhou popularidade no movimento de transparência e governo aberto em todo mundo, mas nem sempre é tratado com clareza. A abertura de dados segue o mesmo princípio do Governo Aberto: tratar o acesso à informação pública como regra, não como exceção. No âmbito deste guia, os “dados” que aqui se referem são as informações produzidas por todos os órgãos públicos no estado de São Paulo, fruto da atividade administrativa da gestão governamental: seus contratos, suas funções, seus projetos, suas políticas e suas parcerias com outros setores. Em suma, todos os dados que estão sob a guarda do governo estadual ou de entes ligados a ele. A abertura desses dados quer dizer que essas informações governamentais podem ser utilizadas livremente, reutilizadas e redistribuídas por qualquer pessoa, sem qualquer restrição — a exceção seria, no máximo, a indicação da fonte da base de dados e a redistribuição dessas informações sob as mesmas condições, ou licenças, em que elas foram adquiridas originalmente.

O governo, os desenvolvedores de aplicativos e os usuários estão diretamente envolvidos na abertura e emprego deste tipo de dados, sendo que, em relação aos últimos, a possibilidade de dados abertos governamentais tende a fomentar a participação da esfera pública e o empoderamento dos cidadãos, em razão da maior transparência¹³. De acordo com Cristóvam e Hahn¹⁴:

¹¹ PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. O que são dados abertos? Disponível em: <https://dados.gov.br/pagina/dados-abertos>. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹² PIRES, Marco Túlio. Guia de Dados Abertos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, Governo do Reino Unido, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br - NIC.br, 2015. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/13/Guia_Dados_Abertos.pdf. Acesso em: 1º maio 2021, p. 10.

¹³ ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. Big data and open data as sustainability tools. 2014. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/node/23975>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 20.

¹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados

Fato é que na medida em que se torna acessível ao público informações que, em verdade, sempre foram públicas, se permite empiricamente o controle social e a democratização da gestão informacional, peça decisiva na decisão administrativa e que habita – a quem se interessar, questionamentos do que ocorre na Administração Pública.

Em relação aos benefícios decorrentes da abertura de dados governamentais, destacam-se: (i) em relação ao próprio órgão público, a abertura de dados pode favorecer a melhoria das equipes de trabalho, dos serviços oferecidos e o maior conhecimento quanto aos desafios internos; (ii) no que concerne ao avanço científico, permite-se o acesso de pesquisadores a informações valiosas sobre a formulação e a execução de políticas públicas, contribuindo para o aumento do conhecimento que a sociedade tem sobre si; (iii) no que tange ao setor privado, este pode se utilizar daqueles dados abertos para o desenvolvimento de ferramentas, soluções, avanços tecnológicos e afins, garantindo novos empregos e geração de riqueza; (iv) quanto às organizações da sociedade civil, estas podem se utilizar da abertura de dados governamentais para melhorar os serviços prestados; e, finalmente (v) no que diz respeito aos cidadãos, estes têm a participação democrática e o poder de fiscalização das atividades governamentais aumentados, por meio da efetiva publicidade da atuação estatal¹⁵.

Entretanto, não se pode ignorar a crítica destacada por Sampaio acerca da tendência de os dados abertos ensejarem o empoderamento dos já empoderados. Nas palavras do referido autor¹⁶:

[...] os dados abertos, no momento atual, ainda dependem de intermediação para terem valor, intermediação que geralmente será realizada ou por empresas, ou por grupos e

abertos. Rev. de Direito Administrativo e Gestão Pública, v. 6, n. 1, p. 1-24, jan./jun. 2020, p. 16.

¹⁵ PIRES, Marco Túlio. Guia de Dados Abertos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, Governo do Reino Unido, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br - NIC.br, 2015. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/13/Guia_Dados_Abertos.pdf. Acesso em: 1º maio 2021, p. 13-14.

¹⁶ SAMPAIO, Rafael Cardoso. Do conceito de governo aberto às suas relações com a e-democracia. Governança digital. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, p. 13-22, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/197238/001097969.pdf?sequence=1#page=13>. Acesso em: 6 out. 2020, p.15.

indivíduos que dominem as técnicas necessárias para tal processamento de dados e para a criação de plataformas. Em certa medida, os dados abertos estariam criando uma nova exclusão digital, já que tais habilidade ainda são pouco difusas pela população no geral, mesmo entre usuários de Internet, podendo, então, reproduzir, e mesmo aumentar, as diferenças de poder.

Cinco razões principais justificam a abertura de dados governamentais: (i) a maior transparência, haja vista que a oferta de dados em formato aberto pela Administração Pública permite maior controle em relação às decisões e ações governamentais¹⁷; (ii) a possibilidade da sociedade contribuir com serviços inovadores ao cidadão, já que permite o compartilhamento de novos conhecimentos e serviços, em coparticipação; (iii) o aprimoramento da qualidade dos dados governamentais, na medida em que a própria sociedade pode apontar erros e exigir correções, diminuindo custos; (iv) a viabilização de novos negócios, por meio da criação de novos produtos e serviços pela iniciativa privada a partir de dados governamentais; e (v) a existência de obrigação legal no Brasil, cuja legislação engloba inúmeros textos normativos voltados à promoção da transparência e participação social no âmbito da gestão pública licença¹⁸.

Especificamente quanto ao item “v”, consistente na existência de obrigação legal quanto à abertura de dados governamentais no Brasil, a Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI) se destaca. A referida legislação, de forma sintética, visa regular a atuação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a fim de garantir o acesso à

¹⁷ Entretanto, não se pode esquecer a necessidade de equilíbrio entre transparência e privacidade no manejo de dados. Nos dizeres de Cristóvam e Hahn: “[...] espera-se que a Administração Pública seja suficientemente aberta e transparente em seus dados, informações e conhecimento em prol do controle de sua eficiência e legalidade, mas não ao ponto de extrapolar os limites da privacidade do cidadão ao expor dados pessoais de que tem acesso em razão da consecução de serviços públicos e análise de deveres civis. A balança entre esses dois vieses é sensível, dinâmica e complexa” (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. Rev. de Direito Administrativo e Gestão Pública, v. 6, n. 1, p. 1-24, jan./jun. 2020, p. 8).

¹⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 5 motivos para a abertura de dados na administração pública. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B366F2E2A40>. Acesso em: 22 nov. 2020.

informação resguardado no art. 5º, inciso XXXIII; no art. 37, § 3º, inciso II e no art. 216, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB).

Em relação à questão dos dados abertos, o art. 8º, *caput*, Lei n.º 12.527/2011 dispõe que “É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”¹⁹. Outrossim, em seu § 2º torna obrigatória a disponibilização dos referidos dados na rede mundial de computadores, bem como, em seu § 3º apresenta uma série de requisitos que caracterizam a obrigatoriedade da abertura de dados. Tais como: (i) “possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações”; (ii) “possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina”; e (iii) “manter atualizadas as informações disponíveis para acesso”²⁰. De acordo com o Tribunal de Contas da União²¹:

Cabe destacar que a LAI aperfeiçoou a ideia de transparência ao dispor que as informações de interesse coletivo ou geral produzidas por órgãos e entidades públicas devem ser obrigatoriamente divulgadas em sítios oficiais na internet, que deverão possibilitar a gravação de relatórios em

¹⁹ BRASIL. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

²⁰ BRASIL. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 5 motivos para a abertura de dados na administração pública. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B366F2E2A40>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 20, grifo próprio.

diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários. *Nesse sentido, a abertura de dados governamentais não se apresenta como mera alternativa de viabilização da transparência pública, mas como um dever a ser cumprido pelo administrador público.* (grifo nosso)

No âmbito federal, merece destaque o Decreto n.º 10.160/2019 que instituiu a Política Nacional de Governo Aberto, “operacionalizada por meio de planos de ação constituídos por iniciativas, ações, projetos, programas e políticas públicas que ampliem a transparência, o acesso à informação, a melhoria na prestação de serviços públicos e o fortalecimento da integridade”, tendo como diretrizes o aumento no que concerne à disponibilidade de informações governamentais, o incentivo à participação popular nas decisões, o estímulo ao uso de tecnologias inovadoras e o aumento da transparência, acesso à informação e utilização de tecnologias hábeis a subsidiar tais processos²².

Quanto à oferta e à utilização dos dados abertos governamentais no país, destacam-se algumas iniciativas: (i) *Portal brasileiro de dados abertos* (dados.gov.br), de responsabilidade da Controladoria-Geral da União (CGU), responsável pelo armazenamento de metadados e links para os dados que são catalogados pelos mais de 182 órgãos e entidades responsáveis²³; (ii) *Dados abertos da Câmara de Deputados* (<https://dadosabertos.camara.leg.br/>); (iii) *Dados abertos do Senado Federal* (<https://www12.senado.leg.br/dados-abertos>); (iv) inúmeras iniciativas municipais, sendo citadas, a título de exemplo, o *Governo Aberto SP* (<http://www.governoaberto.sp.gov.br/>), o *Data Rio* (<https://www.data.rio/>), o *Portal de Dados Abertos do Estado de Santa Catarina* (<http://dados.sc.gov.br/>); e (v) a página de dados abertos do *Cade* (<http://dadosabertos.cade.gov.br/>)²⁴.

²² BRASIL. Decreto n.º 10.160, de 9 de dezembro 2019. Institui a Política Nacional de Governo Aberto e o Comitê Interministerial de Governo Aberto. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10160.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

²³ PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Perguntas frequentes. Disponível em: <https://dados.gov.br/pagina/faq>. Acesso em: 22 nov. 2020.

²⁴ Em consulta realizada em 01/05/2021, para fins de atualização do artigo, o acesso ao link citado redirecionou a pesquisa para o seguinte sítio eletrônico: <https://dados.gov.br/organization/conselho-administrativo-de-defesa-economica-cade>.

No tópico a seguir, será abordado especificamente o plano de dados abertos do referido órgão antitruste, em vigor no quadriênio de 2017-2020.

3. O plano de dados abertos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, regulamentada pela Lei n.º 12.529/2011. É integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo, portanto, responsável pela defesa da concorrência em âmbito nacional. Trata-se de órgão judicante, responsável pela repressão às infrações à Ordem Econômica, bem como pela análise de atos de concentração econômica (ACs); exercendo também função educativa, atinente à advocacia da concorrência.

Trata-se de órgão público voltado essencialmente à proteção da livre concorrência e, conseqüentemente, à defesa do consumidor. Em razão do exercício do papel de Estado regulador da economia, compete ao Cade reprimir atos que caracterizem abuso do poder econômico com vistas à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Assim, o referido Conselho atua preventivamente, mas também de forma repressiva, estando autorizado por lei a impor sanções.

Considerando a importância da atividade exercida pelo Cade, cujos reflexos atingem não apenas os agentes econômicos, mas também a sociedade como um todo, dado seu claro papel de intervenção no mercado, é inquestionável a necessidade de franco acesso aos dados atinentes às suas atividades. Se não bastasse, em se tratando de órgão público, é inconteste a necessidade de abertura destes dados, haja vista a obrigatoriedade legal (conforme abordado no tópico anterior).

Nesse cenário, em 2017, em observância ao disposto na Lei de Acesso à Informação, no Decreto Presidencial n.º 6.666/2008²⁵, na Instrução Normativa SLTI n.º 4/2012²⁶, no Decreto n.º 8.777/2016²⁷, no

²⁵ Legislação que instituiu, no âmbito do Poder Executivo federal, a Infraestrutura Nacional de Dados Espaciais (INDE).

²⁶ Norma que instituiu a Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA), a fim de garantir e facilitar o acesso aos dados e informações produzidas/custodiadas pelo Poder Executivo Federal.

Decreto n.º 8.638/2016²⁸ e nos compromissos assumidos pelo país no 2º Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto²⁹, o Cade lançou seu Plano de Dados Abertos (PDA) para o quadriênio 2017/2020.

²⁷ Legislação responsável pela instituição da Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal.

²⁸ Norma que institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal, tendo sido revogada pelo Decreto 10.332/2020 (que versa sobre a Estratégia de Governo Digital para o período compreendido entre 2020 e 2022).

²⁹ O termo Governo Aberto se refere “[...] a uma nova visão da Administração Pública, que promove projetos e ações voltados ao aumento da transparência, à luta contra a corrupção, ao incentivo à participação social e ao desenvolvimento de novas tecnologias que tornem os governos mais responsáveis por suas ações e preparados para atender às necessidades dos cidadãos” (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO *et al.* 4º plano de ação nacional em governo aberto. Brasília, 2018. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ah](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXxo-)

[U4pbtAhWCCrkGHcBHDk4QFjADegQIChAC&url=http%3A%2F%2Fgovernoaberto.cgu.gov.br%2Fnoticias%2F2018%2F4o-plano-de-acao-brasileiro-e-lancado-em-reuniao-com-coordenadores%2F4o-plano-de-acao-](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXxo-U4pbtAhWCCrkGHcBHDk4QFjADegQIChAC&url=http%3A%2F%2Fgovernoaberto.cgu.gov.br%2Fnoticias%2F2018%2F4o-plano-de-acao-brasileiro-e-lancado-em-reuniao-com-coordenadores%2F4o-plano-de-acao-nacional_portugues.pdf&usg=AOvVaw0DgYdxUgLvW4Dztgo5K7iU)

[nacional_portugues.pdf&usg=AOvVaw0DgYdxUgLvW4Dztgo5K7iU](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXxo-U4pbtAhWCCrkGHcBHDk4QFjADegQIChAC&url=http%3A%2F%2Fgovernoaberto.cgu.gov.br%2Fnoticias%2F2018%2F4o-plano-de-acao-brasileiro-e-lancado-em-reuniao-com-coordenadores%2F4o-plano-de-acao-nacional_portugues.pdf&usg=AOvVaw0DgYdxUgLvW4Dztgo5K7iU). Acesso em: 22 nov. 2020, p. 6). Em 2011, o Brasil e mais 7 países lançaram a Parceria para Governo Aberto (OGP), consistente numa iniciativa internacional com vistas à difusão e incentivo de práticas governamentais de transparência, acesso à informação pública, participação social, inovação etc. Uma das primeiras ações do Brasil em conjunto com a OGP foi o lançamento do 1º Plano de Ação Nacional em 2011 com 32 compromissos. Em 2013, foi lançado o 2º Plano de Ação Nacional, com 52 compromissos, incluindo a abertura de dados governamentais. Em 2016, teve início o processo de construção do 3º Plano de Ação Nacional com 16 compromissos. Em 2018, teve início o 4º Plano de Ação Nacional, que tem entre os seus objetivos, “Estabelecer, de forma colaborativa, modelo de referência de política de dados abertos que promova integração, capacitação e sensibilização entre sociedade e as três esferas de governo a partir do mapeamento das demandas sociais” (MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO *et al.* 4º plano de ação nacional em governo aberto. Brasília, 2018. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXxo->

[U4pbtAhWCCrkGHcBHDk4QFjADegQIChAC&url=http%3A%2F%2Fgovernoaberto.cgu.gov.br%2Fnoticias%2F2018%2F4o-plano-de-acao-brasileiro-e-lancado-em-reuniao-com-coordenadores%2F4o-plano-de-acao-nacional_portugues.pdf&usg=AOvVaw0DgYdxUgLvW4Dztgo5K7iU](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXxo-U4pbtAhWCCrkGHcBHDk4QFjADegQIChAC&url=http%3A%2F%2Fgovernoaberto.cgu.gov.br%2Fnoticias%2F2018%2F4o-plano-de-acao-brasileiro-e-lancado-em-reuniao-com-coordenadores%2F4o-plano-de-acao-nacional_portugues.pdf&usg=AOvVaw0DgYdxUgLvW4Dztgo5K7iU). Acesso em: 22 nov. 2020, p. 25). Atualmente, o 5º Plano de Ação Nacional encontra-se em

Trata-se de documento orientador quanto à implementação e promoção da abertura de dados perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sempre atento a padrões mínimos de qualidade, de modo a facilitar o entendimento e a reutilização das informações³⁰. O documento prevê, entre outros, “os canais de comunicação, as formas de interação com a sociedade, ações necessárias para alcance e sustentabilidade dos resultados pretendidos, cronograma com prazos e responsabilidades, matriz de governança, bem como obediência às metodologias e padrões para a correta catalogação e publicação”³¹.

O Plano foi elaborado de acordo com a *Estratégia de Governança Digital do Governo Federal*, cujo objetivo estratégico n.º 01 é o fomento à disponibilização e ao uso de dados abertos; o *Planejamento Estratégico Institucional (PEI- Cade- 2017/2020)*, que possui como um de seus objetivos o aprimoramento dos mecanismos de gestão da informação/conhecimento; e o *Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação (PDTI- 2017/2020)*, que prevê, entre outros, a adoção de padrões de governo eletrônico, tais como acessibilidade, interoperabilidade e dados abertos³².

O objetivo geral do PDA do Cade é a promoção da abertura de dados no referido Conselho, sem perder de vista os “[...] princípios da publicidade, transparência e eficiência, visando ao aumento da disseminação de dados e informações para a sociedade, bem como a melhoria da qualidade dos dados disponibilizados, de forma a dar maior suporte à tomada de decisão pelos gestores públicos e ao controle

desenvolvimento (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. 5º Plano de Ação Brasileiro. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/a-ogp/planos-de-acao/5o-plano-de-acao-brasileiro>. Acesso em: 1º maio 2021).

³⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abetos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020.

³¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abetos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 7.

³² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abetos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 9.

social”³³. Para tanto, foram instituídos quatro objetivos específicos: (i) aprimorar a qualidade dos dados governamentais; (ii) aperfeiçoar a gestão de informação e dados; (iii) melhorar os processos de transparência e acesso a informações ditas públicas; e (iv) incentivar o acesso da informação das ações governamentais³⁴.

Observando critérios de relevância para o cidadão, determinações legais, compromissos assumidos pelo Cade, o mapa estratégico do Cade, os sistemas e informações existentes sob comando do Cade, bem como o nível de maturidade dos dados existentes, foram elencados quatro módulos de gestão atinentes às principais fontes de dados a serem disponibilizadas de forma aberta, quais sejam: (i) *Módulo de Gestão de Ato de Concentração*, responsável pela coleta de informações sobre ACs por meio de formulário específico do Sistema Eletrônico de Informação (SEI); (ii) *Módulo de Gestão de Controle de Decisão*, voltado para o acompanhamento das decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE); (iii) *Módulo de Gestão de Condutas Anticompetitivas*, cuja ideia é permitir o acompanhamento dos processos de conduta anticompetitiva; e (iv) *Módulo de Gestão de Contencioso do Cade*, cujo objetivo é o acompanhamento das decisões do Cade judicializadas³⁵. Tais módulos de gestão estão diretamente relacionados com as atividades-fim exercidas pela autarquia, que se consubstanciam no controle dos atos de concentração e na repressão de condutas anticompetitivas. Ainda, englobam questão extremamente atual atinente à revisão judicial das decisões proferidas pelo Cade³⁶.

³³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abertos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 10.

³⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abertos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 10.

³⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abertos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 10.

³⁶ Sobre o tema da revisão judicial das decisões proferidas pelo Cade, ver: BURG, A. K.; GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. A revisão judicial das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Revista De Direito Administrativo*, v. 278, n. 1, 2019, p. 217-243. Disponível em:

Como premissas para abertura dos dados pelo Cade, destacam-se o compromisso de publicação de dados considerados relevantes pela população de forma tempestiva, a observância (sempre que possível) de padrões definidos pela e-PING, pela INDA e pela INDE e Governo Eletrônico, a catalogação daqueles dados no Portal Brasileiro de Dados Abertos, a garantia de maior periodicidade e maior granularidade viáveis quanto a atualização e sincronização dos dados com a origem, a automatização dos processos de sincronização dos dados e a utilização de URL fixa para a disponibilização dos dados, dentre os quais o *site* dadosabertos.cade.gov.br³⁷.

Para dar cumprimento ao PDA, o Cade apresentou um plano de ações, com metas a serem cumpridas entre dezembro/2017 e dezembro/2020, atinente aos módulos de gestão citados, bem como prevendo ainda medidas de capacitação, divulgação de dados publicizados, monitoramento e controle e de participação social, conforme tabela 1 abaixo:

Tabela 1 - Metas do PDA do Cade³⁸

Tema	Meta
Disponibilização das bases de dados de Controle de Decisão	Dezembro/2017
Disponibilização das bases de dados de AC	Dezembro/2018
Disponibilização das bases de dados de Contencioso	Dezembro/2019
Disponibilização das bases de dados de Conduta	Dezembro/2020
Capacitação	Sob demanda
Divulgação dos dados publicizados	Sob demanda
Monitoramento e Controle	Durante vigência do PDA

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/79033>. Acesso em: 1º maio 2021.

³⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abetos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 11.

³⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abetos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 14.

Tema	Meta
Participação Social	Durante vigência do PDA

Interessante salientar que no Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) 2017/2020 do Cade, como instrumento para melhorar continuamente a prestação de serviços de TIC, reiterou-se a meta de, até 2020, serem disponibilizadas 4 bases de dados no Portal de Dados Abertos, sendo 1 por ano³⁹.

O Plano de Dados Abertos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi aprovado em 18 de abril de 2017, por meio da Portaria Cade n.º 100, sendo designada a Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação como unidade responsável pela gestão do PDA⁴⁰. Outrossim, o ciclo de metas foi finalizado no ano passado (2020), fomentando questionamentos sobre as realizações alcançadas.

4. Medidas adotadas pelo Cade no âmbito da transparência, participação democrática e dos dados abertos

Apresentado o Plano de Dados Abertos do Cade, com vigência entre 2017 e 2020 e, considerando o encerramento deste ciclo, é importante verificar até que ponto as metas atinentes à abertura de dados foram implementadas, ponderando também sobre a existência de transparência e possibilidade de participação democrática perante o Cade.

Quanto às questões de transparência e participação democrática, a partir de alguns projetos postos em prática pela referida autarquia nos últimos anos, é possível verificar a existência de mecanismos e tecnologias úteis e interessantes.

A página *Cade em números*, por exemplo, apresenta dados atualizados sobre a atuação da autarquia na defesa da concorrência no

³⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação 2017/2020. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/tecnologia-da-informacao/subpasta/plano-diretor-de-tic-do-cade-2017-2020.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 54.

⁴⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abetos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020, p. 15.

Brasil, disponibilizando “[...] dados de interesse público como processos julgados, atos de concentração econômica, multas aplicadas, termos de compromissos de cessação de conduta, entre outros”⁴¹. De acordo com o referido Conselho⁴², a plataforma, que apresenta dados atualizados entre 2015 e 2020, reitera o compromisso da autarquia com a transparência ativa de informações públicas, fomentando o controle social. Entretanto, é importante salientar que, conforme indicado pela própria autarquia em consulta por e-mail, não se trata de plataforma de dados abertos, mas sim de informações complementares aos dados abertos⁴³.

Consta, ainda, no sítio eletrônico do Cade, informações atinentes aos anos entre 2012 e 2017, em forma de balanços anuais, que apresentam números acerca da transição da *Nova Lei do Cade*, consistente na Lei n.º 12.529/2011, que reestruturou todo o SBDC. Estes balanços apresentam dados sobre questões administrativas (como equipe, orçamento, custeio etc.), bem como números sobre julgamentos, acordos de leniência, arrecadação, decisões judiciais, buscas e apreensões, atos de concentração analisados, entre outros temas⁴⁴. Em relação aos anos de 2018 e 2020, na aba *Auditorias*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica apresenta informações atinentes às auditorias, prestações de contas e tomada de contas realizadas no órgão, tais como: “[...] documentos, informações e demonstrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, organizados para permitir a visão sistêmica do desempenho e da conformidade da gestão

⁴¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade em números. Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCade%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁴² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade em números. Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCade%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁴³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Equipe SIC/Cade. [DÚVIDA] Plano de Dados Abertos (PDA). Mensagem recebida por <amanda@bh.adv.br> em 25 nov. 2020.

⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Balanços e apresentações. Disponível em: www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes. Acesso em: 26 nov. 2020.

dos responsáveis pelo Cade durante um exercício financeiro”⁴⁵. As informações referentes aos anos anteriores podem ser acessadas em *link* próprio na referida página.

No *Portal da Transparência*, por sua vez, é possível consultar informações sobre receitas e despesas, licitações e contratos, servidores. Ainda, é interessante destacar que, segundo o Cade, até 13 de maio de 2020, a autarquia “[...] não possui informações classificadas e/ou desclassificadas nos termos do § 1º do artigo 24 da Lei nº 12.527/2011”⁴⁶.

Merecem destaque as iniciativas do Cade atinentes à participação popular, tais como: (i) *Ouvidoria*, que funciona por meio do sistema Fala.BR, presencialmente, por telefone, e-mail ou correspondência, recebendo reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais manifestações acerca da prestação de serviços públicos e conduta dos agentes públicos⁴⁷; (ii) *Clique denúncia*, que permite que os cidadãos, por meio de formulário no SEI, denunciem questões relativas a atos de concentração e a condutas anticompetitivas, dando abertura a procedimentos/processos administrativos⁴⁸; e (iii) *Consultas Públicas*⁴⁹, realizadas especialmente em casos de alteração do Regimento Interno do

⁴⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Auditorias. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias>. Acesso em: 1º maio 2021.

⁴⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Informações classificadas. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/informacoes-classificadas>. Acesso em: 1º maio 2021.

⁴⁷ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴⁹ A título de exemplo, em 2018 foram realizadas consultas públicas acerca da nova proposta de Regimento Interno e sobre o Guia de Submissão de Dados ao Departamento de Estudos Econômicos, em 2019 acerca da nova resolução de procedimento administrativo para apuração de ato de concentração (APAC) e, atualmente, encontra-se em andamento consulta atinente ao Guia de Dosimetria de Multas de Cartel (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021).

Cade e emissão de resoluções⁵⁰; (iv) *Contribuições da Sociedade*⁵¹, consistente no “[...] recurso utilizado quando o Cade deseja abrir para debate da sociedade alguma matéria de relevância para a política de defesa da concorrência, mas sem conteúdo normativo, que esteja em processo de elaboração interna”⁵²; (v) *Audiência Públicas*, “[...] promovidas pelo Cade quando a autarquia deseja apresentar diretrizes de projetos a serem implementados e ouvir o público externo a respeito do assunto”⁵³; e (vi) *Sessões Públicas de Julgamento do Cade*, realizadas de forma pública, com exceção dos casos de tratamento sigiloso⁵⁴.

Especificamente no que concerne à abertura dos dados do Cade, tem-se que em janeiro de 2018 a autarquia disponibilizou no *Portal Brasileiro de Dados Abertos* os primeiros dados abertos atinentes à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na defesa da concorrência no país. Conforme notícia veiculada no *site* da entidade, foi dado “[...] publicidade a três conjuntos de informações: controle de decisões, multas aplicadas em processos de condutas anticompetitivas e histórico de arrecadações ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos”⁵⁵. No mesmo ano, foram disponibilizados dados abertos acerca dos atos de concentração julgados nos anos de 2016 e 2017⁵⁶.

⁵⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁵¹ O Guia de Remédios Antitruste e o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, v.g., foram submetidos à contribuição da sociedade (Cade, 2020s).

⁵² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁵³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁵⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁵⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade publica primeiros dados abertos à sociedade. Disponível em: www.cade.gov.br/noticias/cade-publica-primeiros-dados-abertos-a-sociedade. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁵⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados abertos AC 2016/2017. Disponível em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/tecnologia-da-informacao/DadosAbertosAC20162017.zip/view. Acesso em: 26 nov. 2020.

Nesse cenário, em consulta à página do Cade no Portal Brasileiro de Dados Abertos, verificou-se a disponibilização de três conjuntos de dados, um atinente a *dados de ato de concentração*, um sobre o *controle de decisão do Tribunal Administrativo do Tade* e outro acerca do *controle de contencioso Cade*. O primeiro apresenta dados denominados *Análise SG Tribunal, CNAE, Fato e Mercado Relevante – Sobreposição Horizontal – Integração Vertical*, com última atualização em 19 de dezembro de 2018⁵⁷. O segundo aborda dados sobre *Arrecadação de 2015 a 2017, Multas aplicadas e Histórico de arrecadação de 1999 a 2014*, com última atualização em 15 de janeiro de 2018⁵⁸. Já o terceiro contém dados sobre 426 procedimentos administrativo que ensejaram ações judiciais, atualizados até 16 de dezembro de 2019⁵⁹.

Em consulta realizada por e-mail em relação à implantação dos módulos de dados previstos no Plano de Dados do Cade, a Equipe SIC/Cade informou que uma atualização do referido plano deveria ser lançada ainda em 2020, com o cronograma de atuação revisado, bem como que:

Os módulos já estão prontos, porém os dados ainda não estão em condições de serem publicados. No site de dados abertos realmente só consta dados do Módulo de AC e Controle de decisão. Eles estão completos, porém não estão atualizados. A previsão é que até final de dez/2020 façamos uma atualização das fontes do site de dados abertos⁶⁰.

Verifica-se, portanto, que as metas de implantação nos Módulos de Dados Abertos de 2017 (Disponibilização das bases de dados de Controle de Decisão), 2018 (Disponibilização das bases de dados de AC) e 2019 (Disponibilização das bases de dados de Contencioso) foram

⁵⁷ PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Dados de Ato de Concentração. Disponível em: <https://dados.gov.br/dataset/dados-de-ato-de-concentracao>. Acesso em: 1º maio 2021.

⁵⁸ PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Controle de Decisão do Tribunal Administrativo do Cade. Disponível em: <https://dados.gov.br/dataset/controle-de-decisao>. Acesso em: 1º maio 2021.

⁵⁹ PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Dados de contencioso - Cade. Disponível em: <https://dados.gov.br/dataset/dados-de-contencioso-cade>. Acesso em: 1º maio 2021.

⁶⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Equipe SIC/Cade. [DÚVIDA] Plano de Dados Abertos (PDA). Mensagem recebida por <amanda@bh.adv.br> em 25 nov. 2020.

cumpridas, estando pendentes àquelas atinentes ao ano de 2020 que versam sobre a disponibilização das bases de dados de Condutas. Outrossim, é importante destacar que os dados disponibilizados se encontram desatualizados e, portanto, incompletos, tornando questionável a situação atual de abertura de dados da autarquia.

Tem-se, portanto, uma situação de grandes avanços quanto à transparência e participação democrática junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica; todavia, no que diz respeito à abertura de dados, há ainda passos a serem tomados quanto ao fornecimento de dados de forma completa e tempestiva.

5. Considerações Finais

O presente trabalho foi realizado com o objetivo de apresentar o Plano de Dados Abertos do Cade e os avanços operados pela autarquia no que diz respeito à transparência, participação popular e abertura de dados.

Para tanto, foram apresentados os conceitos e características de dados abertos e dados abertos governamentais, bem como demonstrou-se a existência de obrigação legal quanto à transparência e abertura de dados no Brasil, o que, entre outros motivos, justificou a criação do Plano de Dados Abertos pelo Cade, a ser executado entre os anos de 2017 e 2020. Foram, assim, apresentados os contornos e metas propostos pelo Cade para o referido período.

Considerando o encerramento do prazo previsto para execução do plano de abertura de dados pelo Cade e a importância da referida entidade sob o ponto de vista da regulação da economia, optou-se por proceder a um balanço sobre a situação atual de transparência, participação democrática e abertura de dados no referido Conselho.

Assim, foram elencados inúmeros instrumentos postos em ação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica com o objetivo de garantir maior transparência sobre suas decisões, permitir a participação da população, bem como providenciar a abertura dos dados da entidade.

Concluiu-se que, sob o ponto de vista da transparência e da participação democrática, há inúmeros avanços. Por outro lado, quanto à abertura de dados, embora as metas para 2017, 2018 e 2019 tenham sido, de certa forma, alcançadas, restando pendente apenas àquela atinente ao ano de 2020, verifica-se a insuficiência quanto à completude e tempestividade dos dados ofertados até agora. Todavia, espera-se que estas questões sejam esclarecidas ou solucionadas ao longo do ano

corrente, com a atualização do Plano de Dados Abertos do Cade para o novo ciclo que se inicia.

6. Referências

BRASIL. Decreto n.º 10.160, de 9 de dezembro 2019. Institui a Política Nacional de Governo Aberto e o Comitê Interministerial de Governo Aberto. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10160.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Auditorias. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias>. Acesso em: 1º maio 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Balanços e apresentações. Disponível em: www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes. Acesso em: 26 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade em números. Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCade%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em: 26 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade publica primeiros dados abertos à sociedade. Disponível em: www.cade.gov.br/noticias/cade-publica-primeiros-dados-abertos-a-sociedade. Acesso em: 26 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados abertos AC 2016/2017. Disponível em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/tecnologia-da-

informacao/DadosAbertosAC20162017.zip/view. Acesso em: 26 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Dados Abertos do Cade. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/dados-abertos/plano-dados-abertos-do-cade-2017-2020-1.pdf/view>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Equipe SIC/Cade. [DÚVIDA] Plano de Dados Abertos (PDA). Mensagem recebida por <amanda@bh.adv.br> em 25 nov. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Informações classificadas. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/informacoes-classificadas>. Acesso em: 1º maio 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Participação social. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação 2017/2020. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/tecnologia-da-informacao/subpasta/plano-diretor-de-tic-do-cade-2017-2020.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. 5º Plano de Ação Brasileiro. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/a-ogp/planos-de-acao/5o-plano-de-acao-brasileiro>. Acesso em: 1º maio 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. *Rev. de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 6, n. 1, p. 1-24, jan./jun. 2020.

ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. Big data and open data as sustainability tools. 2014. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/node/23975>. Acesso em: 22 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO *et al.* 4º plano de ação nacional em governo aberto. Brasília, 2018. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXxo-U4pbtAhWCCrkGHcBHDk4QFjADegQIChAC&url=http%3A%2F%2Fgovernoaberto.cgu.gov.br%2Fnoticias%2F2018%2F4o-plano-de-acao-brasileiro-e-lancado-em-reuniao-com-coordenadores%2F4o-plano-de-acao-nacional_portugues.pdf&usg=AOvVaw0DgYdxUgLvW4Dztgo5K7iU. Acesso em: 22 nov. 2020.

OPEN KNOWLEDGE BRASIL. Por que open? Disponível em: <https://www.ok.org.br/dados-abertos/>. Acesso em: nov. 2020.

OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. Open data handbook. O que são dados abertos? Disponível em: https://opendatahandbook.org/guide/pt_BR/what-is-open-data/. Acesso em: 22 nov. 2020.

OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION. What is open? Disponível em: <https://okfn.org/opendata/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

PIRES, Marco Túlio. Guia de Dados Abertos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, Governo do Reino Unido, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto Br - NIC.br, 2015. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/13/Guia_Dados_Abertos.pdf. Acesso em: 1º maio 2021.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Controle de Decisão do Tribunal Administrativo do Cade. Disponível em: <https://dados.gov.br/dataset/controle-de-decisao>. Acesso em: 1º maio 2021.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Dados de Ato de Concentração. Disponível em: <https://dados.gov.br/dataset/dados-de-ato-de-concentracao>. Acesso em: 1º maio 2021.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Dados de contencioso - Cade. Disponível em: <https://dados.gov.br/dataset/dados-de-contencioso-cade>. Acesso em: 26 nov. 2020.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. O que são dados abertos? Disponível em: <https://dados.gov.br/pagina/dados-abertos>. Acesso em: 22 nov. 2020.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Perguntas frequentes. Disponível em: <https://dados.gov.br/pagina/faq>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SAMPAIO, Rafael Cardoso. Do conceito de governo aberto às suas relações com a e-democracia. Governança digital. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, p. 13-22, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/197238/001097969.pdf?sequence=1#page=13>. Acesso em: 6 out. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 5 motivos para a abertura de dados na administração pública. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B366F2E2A40>. Acesso em: 22 nov. 2020.

11. REGULAÇÃO PRÓ-COMPETITIVA: OS EFEITOS DA PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

11. PRO-COMPETITIVE REGULATION: THE EFFECTS OF PORTABILITY ON THE HEALTH INSURANCE MARKET DURING A COVID-19 PANDEMIC

Flávia Tanaka; Fabrícia Faedrich; Tainá Leandro

Resumo: Uma regulação pró-competitiva é essencial para que a competição se traduza em ganho de bem-estar em um cenário de falhas de mercado. Na saúde suplementar, tem-se o exemplo da regra de portabilidade de carências e o Guia ANS de Planos de Saúde, que incentivam a concorrência e auxiliam o usuário na troca de plano, seja por uma questão de preço ou qualidade, ampliando a transparência e comparabilidade de acordo com as principais características competitivas de cada plano. Com a atual crise imposta pela COVID-19, essas ferramentas são cruciais para manter o acesso aos serviços de saúde no país.

Palavras-chave: regulação, concorrência, saúde suplementar, portabilidade de carências, falha de mercado.

Abstract: A pro-competitive regulation, able to alleviate the market failures in the private health segment, helps competition translate into welfare for consumers. The article shows how portability of waiting periods in private health plans in Brazil encourages competition, and how ANS's Health Plans Guide helps consumers on the search for a better plan, either for price or quality, according to their main competitive characteristics and increasing transparency and comparability. In the crisis imposed by COVID-19, these tools were crucial to maintain access to health services in Brazil.

Key words: regulation, competition, health insurance, portability of waiting periods, market failures.

1. Introdução

A saúde suplementar movimenta, no Brasil, mais de R\$ 220 bilhões (cerca de 3% do PIB), além de ser responsável pelo acesso a serviços de saúde para 25% da população brasileira. Ela tem papel crucial em um cenário de envelhecimento populacional, aprofundamento da restrição orçamentária no Sistema Único de Saúde (SUS) e no enfrentamento de situações de emergência de saúde. Não por acaso, assegurar um ambiente competitivo nesse segmento vem se tornando um objetivo estratégico para órgãos de governo para além do Sistema Brasileiro da Concorrência (SBDC), como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

De fato, ampliar a concorrência no setor, garantindo aos beneficiários acesso a serviços de saúde de maior qualidade a um menor preço, pode ser alcançado não apenas restringindo concentrações anticompetitivas ou por meio da investigação e punição de infrações à ordem econômica. Outro importante mecanismo consiste em estabelecer uma regulação pró-competitiva, que amenize as significativas falhas de mercado no segmento de saúde suplementar, como a assimetria de informação, a seleção adversa e o risco moral.² Nesse contexto, a competição entre os atores no mercado de saúde suplementar é capaz de gerar, de forma mais efetiva, aumento de bem-estar para os beneficiários de planos de saúde.

Como forma de demonstrar o potencial impacto positivo de uma regulação pró-competitiva, o presente artigo discute como a ferramenta do Guia ANS de Planos de Saúde e o instituto da portabilidade de carências se configuram como importantes conquistas do direito do consumidor à saúde nos últimos anos. Isso porque esses instrumentos possibilitam a troca de plano de saúde de acordo com as necessidades de cada usuário, isentando-os da necessidade de cumprimento de novos períodos de carência para ter acesso aos serviços de saúde, ou da aplicação de cobertura parcial temporária para doenças ou lesões preexistentes.

A portabilidade de carências diminui o ‘custo de mudança’, conferindo aos consumidores maior mobilidade entre planos de saúde, ampliando a transparência sobre a oferta, via ferramenta que oferece uma maior comparabilidade das principais características dos planos de saúde. Com isso, torna-se possível mitigar falhas do mercado de saúde suplementar, ampliando a capacidade de resposta dos beneficiários a eventuais exercícios de poder de mercado por parte da operadora.

Destaca-se, ainda, que no contexto de situação de emergência sanitária e de aumento de desemprego, provocados pela pandemia de COVID-19, essas ferramentas foram cruciais para manter o acesso de diversos beneficiários a serviços de saúde previamente contratados. Entre abril de 2020 e maio de 2021, a despeito da crise econômica associada à crise sanitária que afetam o país desde março de 2020, houve um crescimento de cerca de 1,1 milhões no número de beneficiários de planos de saúde. Nesse mesmo período, no acompanhamento da utilização do Guia de Planos de Saúde da ANS, foram mais de 335 mil emissões de protocolos para fins de portabilidade de carências, com significativo crescimento no número de emissões nos primeiros 5 (cinco) meses de 2021, em comparação ao mesmo período do ano anterior.¹

Dessa forma, argumenta-se que a portabilidade vem se apresentando como uma importante ferramenta de proteção ao consumidor que deseja continuar tendo um plano de saúde, garantindo o seu acesso a serviços de saúde em um momento tão crítico como o da pandemia por Covid-19, sem a necessidade de cumprir novos períodos de carência.

Além da introdução, o presente artigo discute brevemente na seção 2 as falhas de mercado da saúde suplementar, em especial as assimetrias de informação e o risco moral. Na seção 3, apresenta a evolução da regulamentação da portabilidade de carências pela ANS, para depois detalhar, na seção 4, o Guia ANS de Planos de Saúde. Na seção 5, discute-se o impacto da Covid-19 na movimentação de beneficiários de planos de saúde e a importância da portabilidade de carências como ferramenta de concorrência. Por fim, nas considerações finais argumenta-se sobre os potenciais benefícios de parcerias entre a ANS e entidades e órgãos que representam os consumidores, para ampliar o conhecimento sobre a portabilidade de carências e o Guia de Planos da ANS.

¹Informações de acordo com os dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, no monitoramento que vem sendo realizado pelo órgão desde o início da pandemia – o Boletim Covid-19 da ANS e a Nota Técnica nº 6/2021/DIDES/DIFIS/DIOPE/DIPRO; acessível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/coronavirus-covid-19/notas-tecnicas_covid-19/SEI_33910.013199_2020_84__assinado_.pdf

2. Das falhas de mercado da saúde suplementar

A saúde suplementar é um serviço credencial,² com falhas de mercado marcantes como assimetria de informação, seleção adversa e risco moral.³⁻⁴ Por isso, fora de um contexto regulatório que atenuar as falhas de mercado presentes no segmento de saúde suplementar, a concorrência entre as operadoras será menos efetiva para atingir o bem-estar social, sendo limitados os efeitos positivos na oferta e qualidade dos serviços de saúde, dado um mesmo preço de equilíbrio.⁵ Dentre as diferentes regulamentações, o presente artigo propõe-se a discutir as regras de carência e portabilidade determinadas pela Lei 9.656/2018 e pela ANS, que busca mitigar as falhas de mercado relativas à informação assimétrica e ao custo de troca.

Em relação à informação assimétrica entre agentes, sob a ótica da operadora, destaca-se que os indivíduos conhecem a sua classe de risco, contudo, a seguradora não possui mecanismos para diferenciá-los, o que pode resultar na seleção adversa.⁶⁻⁷ Nesse contexto, para evitar que o indivíduo contrate um plano de saúde somente quando precise utilizá-lo (risco moral) e rescinda o contrato após atendimento às suas necessidades imediatas, foram determinadas, na Lei 9.656/2018⁸, as regras de carência: um período ininterrupto, contado a partir do vínculo do beneficiário ao

² Um serviço é chamado de bem credencial quando sua qualidade não pode ser verificada diretamente pelo consumidor (Lisboa et al., 2001) e, por isso, demandam certificação de um profissional especializado que especifique qual produto deve ser consumido em cada caso específico e ateste sua qualidade (Andrade et al, 2006). Fonte: LISBOA, M.B. et al., 2001. Política Governamental e Regulação do Mercado de Medicamentos. Rio de Janeiro: EPGE/FGV.

³ GAYNOR, M., Is vertical integration anticompetitive? Definitely maybe (but that's not final). [Editorial]. *Journal of Health Economics* 25 (2006) 175–180. 2006.

⁴ ARROW, K.J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *American Economic Review*, December, 53: 941-973. 1963.

⁵ GAYNOR, M., VOGT, W. B., Antitrust and Competition in Health Care Markets. in *Handbook of Health Economics*. Anthony J. Curlyer and Joseph P. Newhouse, Editors, Amsterdam: North-Holland. pp. 1405–1487 (Capítulo 27) 2000.

⁶ PAULY, M.V., The economics of moral hazard: comment, *American Economic Review*, 58:531-537. 1968.

⁷ ARROW, K.J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *American Economic Review*, December, 53: 941-973. 1963.

⁸ BRASIL, Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998., Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em 30 de abril de 2021.

contrato de plano de saúde, durante o qual as mensalidades são pagas, mas o beneficiário não tem acesso a determinados serviços previstos em seu plano de saúde. Os períodos de carência, determinados no artigo 12 da Lei 9.656/2018, podem ser aplicados, de forma facultativa, pelas operadoras de planos de saúde, e devem se limitar aos seguintes prazos máximos: (i) 300 (trezentos) dias para partos a termo; (ii) 180 (cento e oitenta) dias para odontologia, consultas, exames, terapias e internação; e (iii) 24 (vinte e quatro) horas para casos de urgência e emergência.

Se não houvesse carência para o ingresso de novos beneficiários, o risco seria incalculável, o que geraria um importante desequilíbrio no setor. Portanto, a aplicação de carência torna-se essencial para garantia da sustentabilidade do sistema de saúde suplementar, uma vez que incentiva o beneficiário a manter o contrato de plano de saúde mesmo quando não está usando, gerando, assim, o mutualismo.⁹ Nesse contexto, é importante esclarecer que a carência no setor de saúde suplementar não serve para capitalizar a operadora, mas sim para impedir o beneficiário de contratar esse serviço apenas no momento que necessitar atendimento.

Entretanto, apesar de imprescindível para a sustentabilidade do setor, a carência se configura como um ‘custo de mudança’, que pode ser definido como o custo incorrido pelos clientes no processo de troca de um fornecedor para outro.¹⁰ A ‘carência’ no setor de planos de saúde se caracteriza como um custo de mudança do tipo financeiro, por representar perda de benefícios adquiridos pelos consumidores; e do tipo econômico, diante das incertezas quanto à satisfação com o novo provedor no processo de troca de plano.¹¹

O custo de mudança do consumidor afeta diretamente a competição entre os players do mercado, desempenhando um papel crucial na avaliação de possibilidade de exercício de poder de mercado em análises das autoridades concorrenciais.¹² Na medida em que afeta a

⁹ Mutualismo é a solidariedade financeira entre os beneficiários de planos de saúde de uma mesma carteira, que permite minimizar o risco individual, ao pulverizá-lo em um grupo.

¹⁰ BURNHAM, Thomas A.; FRELS, Judy K.; MAHAJAN, Vijay. Consumer Switching Costs: A Typology, Antecedents, and Consequences. *Journal of the Academy of Marketing Science*, v. 31, n. 2, p. 109-126, 2003.

¹¹ *Ibidem*

¹² FOURBERG, Niklas (2018): Let's lock them in: Collusion under consumer switching costs, DICE Discussion Paper, No. 296, ISBN 978-3-86304-295-0, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf

substitutibilidade entre os bens e a propensão de troca de um concorrente para o outro, tais custos podem intensificar a fidelidade do consumidor com a empresa e aumentar a resistência às ofertas de competidores.¹³ Assim, podem ter impacto direto na estratégia de precificação da empresa, como diferenciação de preços e subsídios cruzados. Por um lado, podem cobrar valores mais altos para os consumidores da sua base de clientes, aproveitando-se da menor elasticidade de preço resultante da existência de custo de mudança e, por outro, competir intensamente pelos consumidores potenciais, determinando preços menores para esse segmento.¹⁴⁻¹⁵ Além disso, pode criar barreiras à entrada, aumentando a vantagem do incumbente, que terá maior facilidade de manter sua base de clientes, apesar da entrada de competidores. Como consequência, as entradas tenderão a acontecer em pequena escala ou em nichos de mercados, focando nos consumidores que não são atendidos pelo incumbente.¹⁶

No contexto do mercado de saúde suplementar, por causa da regra de carência, os beneficiários que já contam com um plano de saúde tendem a ser menos sensíveis a alteração não só do preço, mas também na qualidade dos serviços assistenciais, suportando maiores reajustes de mensalidade ou alteração na abrangência da rede de prestadores. Ao limitar a mobilidade do beneficiário, que deixa de mudar de plano, seja por insatisfação com seu plano de origem, seja pela sua capacidade de pagamento, os custos de mudança resultam em perda de bem-estar, na medida que operadoras incumbentes podem reter o consumidor em um plano de saúde, mesmo que este não esteja mais atendendo plenamente suas necessidades. Outro fator negativo é a saída do beneficiário do

¹³ ALVES, DENISE AVANCINI; TERRES, MELLINA DA SILVA; DOS SANTOS, CRISTIANE PIZZUTTI. Custos de mudança e seus efeitos no comprometimento, na intenção de recompra e no boca-a-boca em serviços educacionais. Revista Base (Administração e Contabilidade) da UNISINOS, v. 10, n. 4, p. 355-372, 2013.

¹⁴ FARRELL, Joseph; Klemperer, Paul. Chapter 31 Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. Handbook of Industrial Organization. Volume 3, 2007, p. 1967-2072

¹⁵ FOURBERG, Niklas (2018): Let's lock them in: Collusion under consumer switching costs, DICE Discussion Paper, No. 296, ISBN 978-3-86304-295-0, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf

¹⁶ FARRELL, Joseph; Klemperer, Paul. Chapter 31 Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. Handbook of Industrial Organization. Volume 3, 2007, p. 1967-2072

sistema complementar, aumentando a demanda no sistema público de saúde.

Dessa forma, o custo de troca aumenta a possibilidade de a operadora de planos de saúde exercer poder de mercado em relação aos beneficiários de sua carteira, competindo apenas por consumidores potenciais, que ainda não possuem planos de saúde.

Contudo, o impacto da nova regra de portabilidade seria limitado caso os beneficiários não tenham conhecimento adequado dos produtos ofertados no mercado de saúde complementar, principalmente quando se considera a expressiva heterogeneidade característica do setor. Os planos de saúde podem variar quanto à segmentação assistencial – entre atendimento ambulatorial, internação hospitalar, atendimento obstétrico e atendimento odontológico; ou ainda com relação à abrangência geográfica, entre nacional, estadual, grupo de estados e municípios ou grupo de municípios. Do ponto de vista da capacidade de pagamento do consumidor, há diferentes faixas de preços, classificadas segundo a qualidade da rede credenciada, existência ou não de mecanismos financeiros de regulação (coparticipação e/ou franquia), padrão de acomodação, coberturas adicionais ao rol de procedimentos obrigatório e regras de reembolso.

Em mercados onde a qualidade do produto é multidimensional, em geral, há um custo informacional que o consumidor incorre, não apenas para mapear os planos ofertados, como também para comparar os benefícios oferecidos por cada um deles. Não é incomum, nesses casos, a contratação de terceiros para facilitar a seleção de um produto adequado. No mercado de saúde complementar, existem as figuras do corretor e da administradora de benefícios. Contudo, pode haver o incentivo por parte desses intermediários de, estrategicamente, informar o beneficiário ou contratante de forma incompleta, apresentando os planos de saúde que representem um maior ganho para si, como forma de elevar seus rendimentos diretos. O Guia de Planos diminuiu a assimetria de informações entre os intermediários e o consumidor final ao dar transparência sobre a oferta de planos de saúde e suas principais características, ampliando a comparabilidade entre as opções disponíveis na localidade do usuário.

Por isso, considerando a dificuldade de mobilidade dos beneficiários entre planos de saúde, e visando reduzir as barreiras associadas aos custos de mudança, a ANS decidiu regulamentar a portabilidade de carências, eliminando a exigência de cumprimento de

novos prazos de carência na troca de plano de saúde, e incentivando a concorrência do mercado. Como será detalhado posteriormente, para viabilizar a portabilidade de carências, a ANS desenvolveu uma ferramenta chamada Guia de Planos, em que apresenta toda a oferta de planos de saúde disponíveis no mercado, atenuando outra característica do setor de saúde suplementar que limita a concorrência no setor: o alto custo informacional necessário para comparar as ofertas de produtos e a baixa comparabilidade entre estes.

3. Do instituto da portabilidade de carências

A portabilidade de carências de planos privados de assistência à saúde é um instrumento regulatório, instituído em 2009 pela ANS a partir da publicação da Resolução Normativa nº 186/2009¹⁷, que se destina a incentivar a concorrência no setor de saúde suplementar, ao oferecer aos consumidores maior mobilidade entre planos de saúde, ao isentá-los da necessidade de cumprimento de novos períodos de carência para ter acesso aos serviços de saúde no ato da troca de plano, ou da aplicação de cobertura parcial temporária para doenças ou lesões preexistentes.

Atualmente, o instituto da portabilidade é regulamentado pela Resolução Normativa nº 438/2018, após análise de impacto regulatório¹⁸ realizada pela ANS, que teve por objetivo conferir maior transparência às regras, bem como ampliar o alcance de sua aplicabilidade aos beneficiários do sistema. A construção do referido normativo foi objeto de debate com os diversos segmentos do setor, com ampla participação social, seguindo as boas práticas regulatórias.¹⁹

A revisão das regras foi acompanhada da reformulação da ferramenta “Guia ANS de Planos de Saúde”²⁰, disponibilizada à sociedade no portal eletrônico da ANS tanto para fins de aquisição de

¹⁷ Acesso em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTM4OQ==>

¹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, Nota Técnica de Impacto Regulatório, DIPRO/GGREP/GEMOP, 02 de fevereiro de 2018, Doc SEI nº 5684724, processo SEI nº 33902.461712/2016-62

¹⁹ CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. –Brasília, 2018.

²⁰ Acesso ao Guia da ANS de Planos de Saúde em: <https://www.ans.gov.br/gpw-beneficiario/>. Acesso em 30 de abril de 2021.

planos de saúde (ingresso no sistema suplementar), como para o exercício da portabilidade de carências (movimentação dentro do sistema de saúde suplementar). O novo Guia tem como objetivo fornecer ao consumidor uma ferramenta que amplie sua capacidade de escolha diante da diversificada oferta de planos de saúde comercializados no país, de forma gratuita, fornecendo dados de toda a base de planos de saúde em comercialização no país, atualizados diariamente, com a isenção de uma instituição pública e sem interesse comercial.

A próxima seção apresenta um breve histórico da regulamentação da portabilidade de carências.

3.1. Breve histórico

Como discutido anteriormente, apesar de necessária para o bom funcionamento do mercado de saúde suplementar, as regras de carência aumentam o custo de mudança para o beneficiário e, como consequência, diminuem a possibilidade de resposta destes a aumentos de reajustes e alteração na rede de prestadores, bem como à entrada de novos ofertantes de planos de saúde com produtos com melhor relação custo-benefício. Pensando nisso, a ANS instituiu pela primeira vez, em 2009, a portabilidade de carências no setor, permitindo que o consumidor de planos de saúde que já tivesse cumprido as carências previstas em Lei, pudesse mudar de plano sem o ônus de cumprir novas carências no novo plano, quando insatisfeito com a prestação dos serviços por sua operadora.

Em um primeiro momento, a portabilidade foi restrita apenas aos beneficiários de planos de contratação individual ou familiar, por opção regulatória da ANS de introduzir o direito gradualmente no sistema, de forma conservadora. Por se tratar de um instituto até então inexistente no mercado de saúde suplementar brasileiro, os impactos *ex-post* precisavam ser observados com cautela de forma a garantir seu equilíbrio. No entanto, ao longo do tempo, observou-se que a portabilidade de carências, além de ter incentivado a concorrência, não trouxe impactos negativos ao seu equilíbrio, o que possibilitou sua extensão gradual.

Dessa forma, em 2011, o direito foi estendido aos beneficiários de planos coletivos por adesão, com o advento da RN nº 252/2011²¹,

²¹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 252, DE 28 DE ABRIL DE 2011, DISPONÍVEL EM:

sendo a portabilidade de carências aplicada também para situações entendidas como especiais – quando a mudança do plano ou de operadora tenha sido ocasionada por motivos alheios à vontade do beneficiário, resultantes de falecimento do titular do plano, da perda da condição de dependência nos termos contratuais, do término do direito de manutenção no plano após demissão ou aposentadoria do titular.

À época, para o exercício da portabilidade, os beneficiários deveriam cumprir uma série de requisitos, tais como: ter vínculo ativo com um plano de saúde; ter cumprido prazo mínimo de permanência no plano de origem de 2 (dois) anos; e selecionar um plano de destino dentro da mesma faixa de preço e com a mesma cobertura de serviços de saúde que o plano de origem. Além disso, só era permitido requerer a portabilidade em um período restrito, associado ao aniversário do contrato (janela de 4 meses ao ano). Essas informações quanto ao preenchimento dos requisitos exigidos pela norma eram acessadas por meio da ferramenta “Guia ANS de Planos de Saúde”, também instituída em 2009 no portal eletrônico da ANS, que gerava um relatório que deveria ser impresso pelo beneficiário e apresentado às operadoras envolvidas para efetivação da portabilidade.

3.2. Das causas que levaram ao aprimoramento da regulamentação

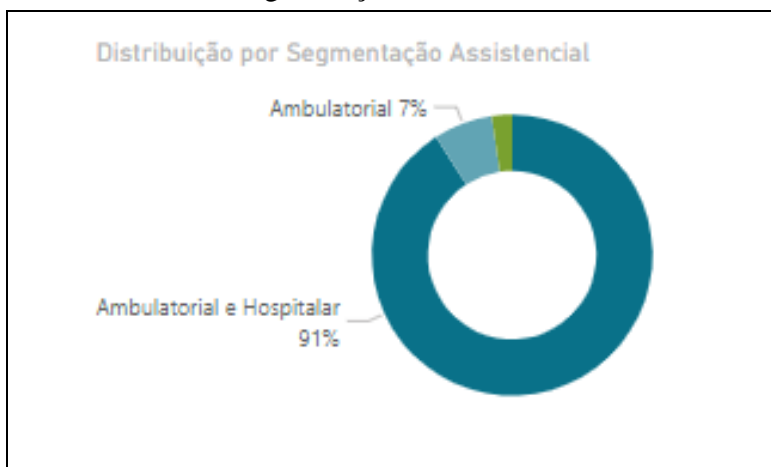
Passados alguns anos do início de vigência da RN nº 186/2009, verificou-se que havia importantes questões a serem resolvidas na norma de portabilidade. A primeira delas dizia respeito ao alcance do direito quanto ao preenchimento dos requisitos mínimos para sua aplicação. A regulamentação então vigente atingia cerca de 33% (trinta e três por cento) dos beneficiários de planos de saúde, deixando de incluir os beneficiários de planos coletivos empresariais, benefício em geral associado ao vínculo empregatício ou estatutário, que representam 67% (sessenta e sete por cento) dos beneficiários da saúde suplementar.

Além disso, constatou-se que a ‘janela de portabilidade’ – período de 4 meses ao ano para o exercício do direito – e a enorme assimetria de informação entre consumidor e operadoras setoriais, seja pelo desconhecimento das regras, pela falta de transparência em relação aos critérios para o exercício da portabilidade, ou pela falta de interesse das operadoras em esclarecer as dúvidas referentes ao tema aos seus

beneficiários, se configuravam como barreiras importantes para a efetividade da portabilidade de carências no setor.

A título de exemplo de restrição de acesso ao direito, a regra original previa que o plano de destino deveria ter a mesma cobertura assistencial que o plano de origem. Tal critério de compatibilidade restringia o acesso de muitos beneficiários que não encontravam planos compatíveis com os seus, pois há uma grande concentração de planos em determinadas segmentações assistenciais. Segundo dados do Painel de Precificação da ANS²², cerca de 93% dos planos de saúde possuem cobertura para internação hospitalar, enquanto apenas 7% são registrados na ANS sem esse tipo de cobertura. Diante disso, se um beneficiário com plano sem internação (plano ambulatorial) quisesse exercer a portabilidade de carências, suas chances de encontrar um plano compatível eram muito reduzidas.

Figura 1: Distribuição de planos de saúde registrados na ANS por Segmentação Assistencial



Fonte: Painel de Precificação ANS, acessado em 29/4/2021

²² AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, Painel de Precificação ANS. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaNGQzOTI1NGYtYTVjOC00Y2QwLTgwN2YtOTVmNGY4MzQzYjU3IiwidCI6IjlkYmE0ODBlLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiJ9>

3.3. Do aprimoramento das regras de portabilidade de carências – Resolução Normativa nº 438/2018

A partir de uma análise de resultado regulatório (ARR)²³ sobre a regulamentação da portabilidade de carências na saúde suplementar, desenvolvida a partir de 2014, passou-se a estudar possíveis formas de aprimoramento das regras, inclusive a viabilidade da ampliação do direito para um maior número de beneficiários. Nesse contexto, foram incorporadas mudanças significativas que reduziram as barreiras para o exercício do direito, sem comprometer o equilíbrio das operadoras.

Em síntese, a revisão normativa promoveu a extensão do direito à portabilidade aos beneficiários de planos coletivos empresariais, passando a abarcar todos os tipos de contratação de planos de saúde (de 33% para 100% de alcance das regras); determinou o fim da ‘janela de portabilidade’, permitindo que a portabilidade seja feita a qualquer tempo, desde que cumprido o tempo mínimo de permanência no plano de origem; substituiu a exigência de compatibilidade por tipo de cobertura pela exigência de carências para as coberturas não previstas no plano de origem, ampliando, assim, as opções de planos de destino para escolha do consumidor; e decretou o fim da exigência de tempo de permanência mínimo ou compatibilidade por preço para beneficiários de plano coletivo que tiveram o seu contrato rescindido pela empresa contratante ou pela operadora, por motivos alheios à sua vontade.

Dos requisitos para o exercício da portabilidade de carências exigidos desde a implementação do instituto em 2009, foram mantidos o prazo mínimo de permanência no plano de origem e a compatibilidade por faixa de preço. Em relação ao primeiro requisito, o prazo mínimo de permanência no plano de 2 (dois) anos permite que o beneficiário tenha acesso aos serviços de saúde oferecidos pelo plano após cumprir os períodos de carência previstos em Lei (de, no máximo, 300 dias) antes de realizar a troca para outro plano de saúde. Assim, a manutenção do requisito se fundamenta no fato de que o beneficiário, ao realizar a portabilidade, não apresentaria uma demanda reprimida que viesse a

²³ A revisão do normativo teve participação social ampla, com realização de reuniões técnicas, instituição de grupos de trabalho, e abertura da Consulta Pública nº 63 para coleta de contribuições. As discussões para construção da nova norma contaram com participação ativa de representantes de diversos segmentos do setor, como os órgãos de defesa do consumidor, cujas contribuições foram analisadas e incorporadas, quando assim concluía a análise técnica do regulador.

onerar o plano de destino de forma desproporcional, haja vista ter tido tempo hábil para ter acesso à assistência à saúde no seu plano de origem.

Já em relação à compatibilidade por faixa de preço, este requisito se apresenta como uma salvaguarda para a sustentabilidade e equilíbrio do setor, pois evita que o beneficiário contrate, em um primeiro momento, um plano de saúde de qualidade ‘inferior’ e mude para um plano superior, por meio da portabilidade, sem cumprimento de carências, apenas quando apresentar necessidade de utilização. Sua manutenção se mostrou necessária para afastar a possibilidade de risco moral e eventual comportamento oportunista do consumidor na hora de contratar um plano de saúde.

A mudança de plano com portabilidade de carências por motivos alheios à vontade do consumidor não apresenta requisitos mínimos para seu exercício. Isto porque nesses casos, o consumidor se vê desassistido sem ter deixado de pagar suas mensalidades ou optado por alterar suas condições de contratação, tendo sido imposto uma mudança de plano. Dessa forma, nesses casos, não é necessário possuir um vínculo ativo no ato da portabilidade e não se aplica o requisito de compatibilidade de preços e de prazo mínimo de permanência no plano de origem.

Acompanhando a revisão normativa, uma alteração fundamental para garantir a efetividade da nova regulamentação foi o aprimoramento da ferramenta Guia ANS de Planos de Saúde, que passou a conferir o acesso eletrônico do Relatório de Portabilidade pelo beneficiário e pela operadora de destino a partir de um número de protocolo que permite a consulta dos dados a qualquer tempo, o que traz mais garantias ao cumprimento do direito do consumidor, conforme será apresentado a seguir.

4. Do Guia ANS de Planos de Saúde

O Guia ANS de Planos de Saúde²⁴ constitui um instrumento de pesquisa que fornece, de forma gratuita, dados de todos os planos de saúde em comercialização no país, atualizados diariamente, com a isenção de uma instituição pública e sem interesse comercial, como é o órgão regulador. A ANS elaborou a primeira versão do Guia de Planos de Saúde em 2009, com o objetivo de fornecer ao consumidor uma

²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, Guia ANS de Planos de Saúde. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/gpw-beneficiario/>

ferramenta que ampliasse sua capacidade de escolha diante da diversificada oferta de planos de saúde comercializados no país.

Com o passar dos anos, observou-se a necessidade de ter uma ferramenta mais intuitiva, que apresentasse informações sobre as operadoras e que empoderasse o consumidor no processo de escolha de seu plano de saúde. Dessa forma, o novo Guia de Planos seguiu a linha de ofertar à sociedade um instrumento de pesquisa dos planos em comercialização no país, para aquisição ou exercício da portabilidade em linguagem simples e amigável, conferindo maior segurança jurídica na relação entre operadora e consumidor, e desburocratizando o processo de contratação e portabilidade de planos de saúde.

O novo Guia de Planos possui uma interface direta com os demais sistemas de informação da ANS no que diz respeito a dados dos beneficiários, dos planos (produtos) e das operadoras. Com isso, ao contrário da versão anterior, o usuário precisa somente informar seu CPF e data de nascimento para ter acesso às informações do seu plano de saúde, facilitando a sua consulta à ferramenta. Além disso, a consulta apresenta informações específicas de sua relação contratual com a operadora, como a data de início de vigência do contrato e local de contratação. Importante destacar que os dados utilizados na ferramenta são de envio obrigatório pelas operadoras de planos de saúde à ANS periodicamente.

Interessante notar que a ferramenta, além de apresentar toda a oferta de planos de saúde da região, permite identificar composição da rede hospitalar dos planos, um dos principais elementos para a tomada de decisão para os consumidores na hora de adquirir um plano de saúde, de modo que a variedade e a qualidade da rede além da localização dos prestadores representam um diferencial competitivo indispensável para as atividades de operadoras do setor. Além disso, apresenta em um único lugar outras características relevantes do produto, como tipo de cobertura, abrangência geográfica e área de cobertura, se há ou não coparticipação ou franquia, tipo de acomodação e preços dos planos por faixa etária. A transparência de informações que o Guia ANS promove traz um importante ganho ao setor, uma vez que ele não limita o acesso dos consumidores à atuação dos corretores de planos de saúde, administradoras de benefícios ou das próprias operadoras, que invariavelmente ofertam os produtos de maior interesse comercial a eles.

A figura abaixo apresenta como é disponibilizada na ferramenta a informação resultante da pesquisa por localidade, tipo de contratação e tipo de cobertura.

Figura 2 – Quadro extraído da ferramenta “Guia ANS de Planos de Saúde”

Registro do plano

[REDACTED]

[+ Detalhe do plano](#)

NACIONAL PARTICIPATIVO PESSOA FÍSICA APT COM OBSTETRÍCIA

Nome da operadora:
[REDACTED]

Registro ANS:
[REDACTED]

Tipo de Contratação:
Individual/Familiar

Cobertura:
Ambulatorial + Hospitalar + Obstetrícia

Abrangência geográfica:
Nacional

Área de cobertura:
Nacional

Acomodação:
Quarto particular

Coparticipação e/ou Franquia:
Coparticipação

Modalidade:
Pré-pagamento

Cobertura adicional:
[+ Cobertura adicional](#)

Rede hospitalar do plano no local de contratação:
[+ Lista dos hospitais](#)

Preço por faixa etária (R\$) - Valor Informado / Valor Máximo		
Até 18 anos:	R\$427,08	R\$555,18
De 19 a 23:	R\$478,30	R\$621,79
De 24 a 28:	R\$550,05	R\$715,08
De 29 a 33:	R\$605,07	R\$786,59
De 34 a 38:	R\$713,98	R\$928,17
De 39 a 43:	R\$821,07	R\$1067,39
De 44 a 48:	R\$1067,39	R\$1387,61
De 49 a 53:	R\$1387,61	R\$1803,89
De 54 a 58:	R\$1859,39	R\$2417,21
De 59 ou mais:	R\$2547,39	R\$3311,01

Selectionar

Fonte: Guia ANS de Planos de Saúde; acesso em 30/04/2021

Ademais, a interação do Guia de Planos com os demais sistemas da ANS permite ao consumidor acessar dados da situação cadastral da operadora que pretende contratar e informações sobre seu desempenho em indicadores de qualidade da ANS, como o Índice de Desempenho na Saúde Suplementar (IDSS), o Monitoramento da Garantia de Atendimento (MGA), situação da operadora em relação aos regimes especiais (direção fiscal e direção técnica) e sobre o desenvolvimento de programas de promoção à saúde e prevenção de doenças (Promoprev) pelas operadoras. Tais informações, além de importantes elementos de concorrência, empoderam o consumidor e o auxiliam, qualificando o

processo de tomada de decisão quanto à contratação ou mudança de plano de saúde.

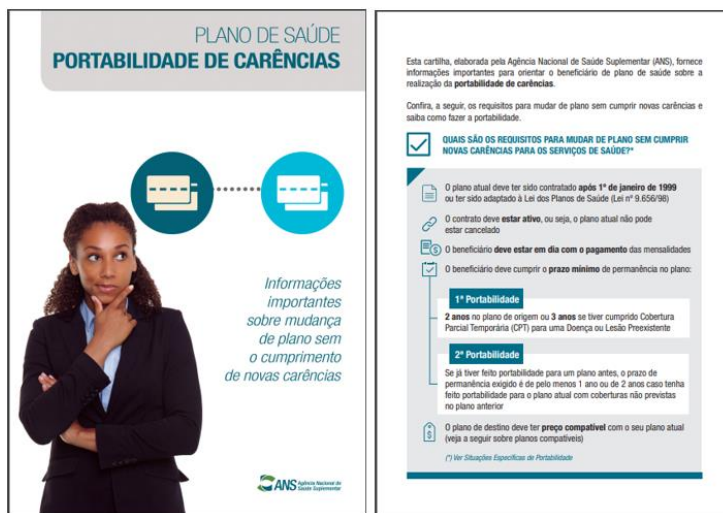
O Guia ANS possui inteligência de dados, com aplicação das regras de portabilidade na própria ferramenta, o que simplifica o exercício do direito, desburocratizando o processo, e confere maior segurança jurídica e legitimidade ao ato da portabilidade, uma vez que este é processado por sistema do próprio órgão regulador.

Importante esclarecer que a ANS auxilia o consumidor fornecendo informações, mas não participa diretamente de eventual aquisição ou troca de planos de saúde. A efetivação da transação em si depende de contato direto com as operadoras envolvidas pelo próprio consumidor. Contudo, a Agência aproveitou a ferramenta para implementar uma pesquisa de satisfação tanto das regras de portabilidade quanto do próprio Guia ANS de Planos, permitindo que os usuários contribuam com o constante aprimoramento da regulação, servindo de base, também, para o monitoramento do mercado, sendo possível observar o interesse dos beneficiários em migrar para outros planos de saúde.

Para facilitar a compreensão do consumidor acerca das regras de portabilidade, a ANS elaborou uma Cartilha de Portabilidade de Carências²⁵ com linguagem direcionada aos consumidores, visando à redução da assimetria de informação. A cartilha está disponível dentro do Guia ANS de Planos de Saúde, que conta, ainda, com um vídeo-tutorial para auxiliar o consumidor no uso da ferramenta.

²⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, Plano de Saúde, Portabilidade de Carências: Informações Importantes sobre Mudança de Plano sem cumprimento de novas carências. Disponível em http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/cartilha_portabilidade.pdf

Figura 3: Cartilha de Portabilidade de Carências



Fonte: ANS

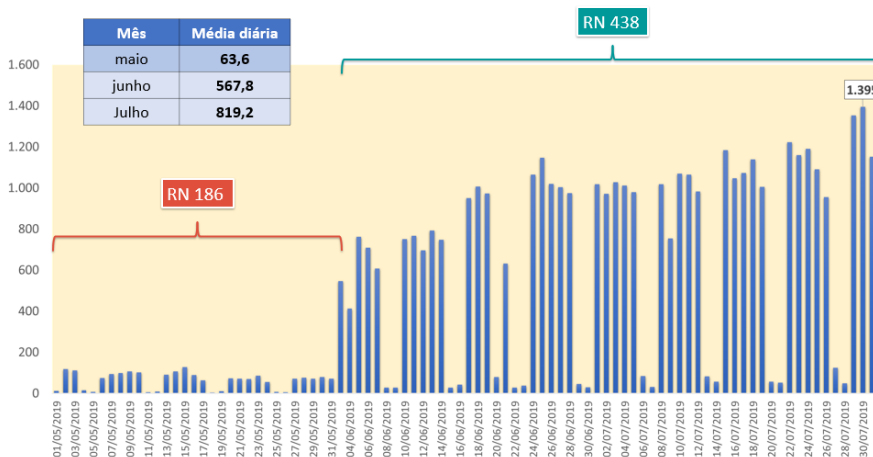
A próxima seção apresenta o acompanhamento da utilização do Guia ANS de Planos de Saúde.

5. Acompanhamento da utilização do Guia ANS de Planos de Saúde

A partir dos relatórios gerados pelo Guia de Planos, é possível realizar o monitoramento interno da utilização da ferramenta pelos usuários, bem como realizar uma análise de tendências e acompanhamento do mercado no que diz respeito à intenção de movimentação de beneficiários. Quando as novas regras de portabilidade entraram em vigor em junho de 2019, observou-se um aumento exponencial na emissão de protocolos de portabilidade no Guia, comprovando o alcance dos objetivos da revisão quanto à ampliação da abrangência das novas regras para os usuários de planos de saúde.

Como efeito imediato, a média diária de protocolos emitidos passou de 63,5 em maio/2019 para 567,8 em junho/2019, representando um aumento de 795%. Esse dado confirma o acerto do órgão regulador ao definir as causas para o aprimoramento do instituto da portabilidade de carências na saúde suplementar, uma vez que restou demonstrado que havia uma demanda reprimida de usuários que não faziam jus ao direito, e passaram a tê-lo após a edição do novo normativo.

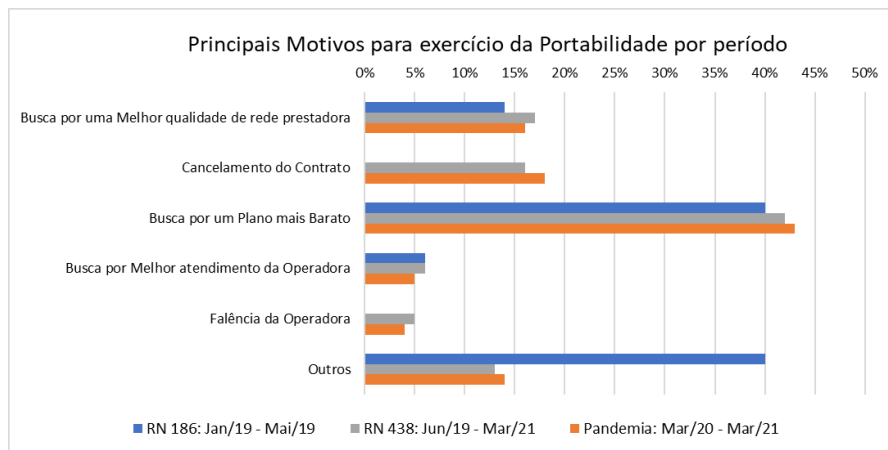
Figura 4 - Evolução da média diária de Protocolos de Portabilidade



Fonte: Painel de Sistemas de Produtos - Acompanhamento de Protocolos Guia ANS. Período: 01/01/2019 a 31/07/2019; dados extraídos em 7/8/2019

Da análise das respostas à Pesquisa de Satisfação do Guia ANS de Planos de Saúde, é possível obter informações acerca dos motivos para realização da portabilidade, dentre os quais figuram a busca por plano mais barato, busca por melhor qualidade da rede prestadora de serviços, busca por melhor atendimento da operadora de planos de saúde, falência da operadora, dentre outros. Note-se que os dados apresentados na figura abaixo apontam que fatores concorrenciais, como qualidade e preço, são as principais razões que levam os beneficiários a buscar uma mudança de plano de saúde, confirmando a premissa de que a portabilidade de carências é uma importante ferramenta para estimular a concorrência no setor e melhorar a qualidade da prestação da assistência à saúde.

Figura 5: Motivo para realização de portabilidade, por período

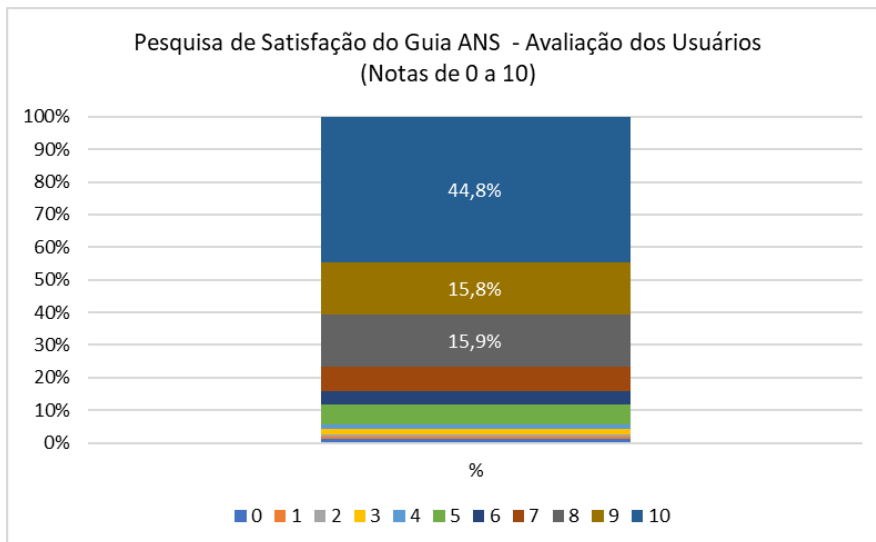


Fonte: Guia ANS > Pesquisa de Satisfação; dados extraídos em 6/4/2021

Conforme apresentado na figura 6, desde a publicação das novas regras (Resolução Normativa nº 438), a Pesquisa de Satisfação do Guia ANS de Planos de Saúde aponta que 77% dos usuários classificam a ferramenta de forma positiva (com notas entre 8 e 10), em uma escala de 0 a 10, enquanto apenas 3% a classificaram entre 0 e 2.

Por fim, o aprimoramento das regras de portabilidade e do Guia ANS gerou uma externalidade positiva, qual seja, a melhoria da qualidade das informações do setor. Isto porque, considerando que o Guia ANS é alimentado diretamente pelos sistemas de informações periódicas de envio obrigatório pelas operadoras de saúde, o cruzamento das bases de dados permitiu identificar inconsistências nas informações prestadas pelas próprias operadoras ao órgão regulador. Muitas vezes, as próprias operadoras buscam regularizar suas informações, para não afetar a procura por seus produtos pelos consumidores que acessam o Guia de Planos.

Figura 6: Pesquisa de Satisfação do Guia ANS de Planos de Saúde – Avaliação dos usuários por Nota (0 a 10)



Fonte: Guia ANS. Pesquisa de Satisfação; dados extraídos em 6/4/2021 – período considerado de jun/19 a mar/21.

6. Impacto da COVID-19 na manutenção dos consumidores de planos de saúde no sistema

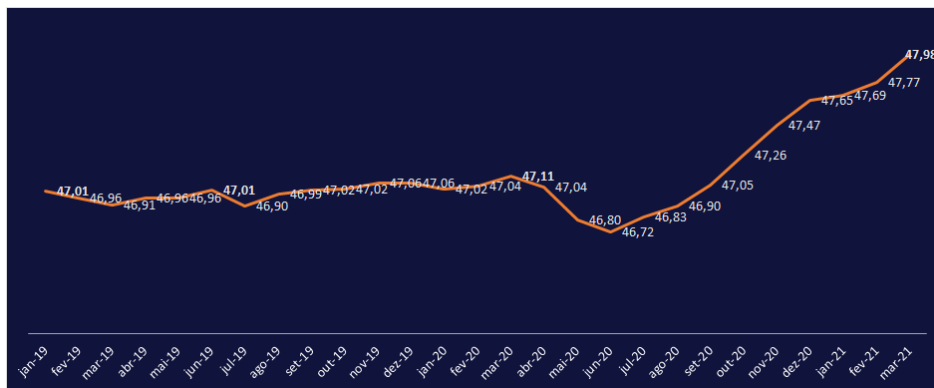
O enfrentamento à pandemia provocada pelo novo coronavírus (Sars-COV-2) revela-se um enorme desafio sanitário, econômico e político em todo o mundo, gerando impactos em diversos setores da sociedade e do governo, em especial no setor de saúde. O início da pandemia foi marcado por um cenário de incertezas e ausência de informações, com expectativas negativas em relação à sustentabilidade do setor. Com a crise econômica que acompanha as medidas de restrição necessárias para o enfrentamento da pandemia, veio o aumento do desemprego e a redução da capacidade de pagamento dos indivíduos. Consequentemente, a expectativa era de redução significativa do total de beneficiários do setor, aumento da inadimplência e aumento de despesas assistenciais para o atendimento à doença pelos planos de saúde, o que, em conjunto, se configurava como uma ameaça à sustentabilidade do setor.

No entanto, de acordo com os dados do Boletim Covid-19 da ANS²⁶, divulgados mensalmente desde maio de 2020, ao contrário do que se esperava, a inadimplência vem se mantendo estável ao longo de todo o período de pandemia, e o lucro das operadoras em 2020 foi o maior registrado desde a criação da ANS por um conjunto de fatores, dentre eles a redução das despesas assistenciais no último ano, em decorrência da queda na procura por atendimentos em saúde não ligados à Covid-19.

Porém, o dado que mais chama atenção no monitoramento da ANS sobre o impacto da Covid-19 no setor de saúde suplementar é que, contrariando a expectativa, o número de beneficiários de planos de saúde, após leve queda no início da pandemia (abril a julho/2020), apresentou forte crescimento nos meses posteriores (figura 7). Segundo a edição de abril de 2021 da publicação, houve um crescimento de 1,83% do total de beneficiários do setor em março de 2021, em comparação ao mesmo mês do ano anterior. No período de março/2020 a março/2021, todos os planos de saúde (individuais e coletivos) apresentaram crescimento positivo, inclusive para os beneficiários acima de 59 anos, ou seja, os idosos. Tal comportamento parece demonstrar que a população vem envidando esforços para manter o plano de saúde, honrando com o pagamento das mensalidades, dada a importância de garantir acesso a serviços de saúde em um momento tão crítico de risco sanitário em razão da Covid-19.

²⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, Boletim Covid, Saúde Suplementar. Edição de Abril de 2021. https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/coronavirus-covid-19/boletim-covid-19/2021/boletim_covid_abril_21.pdf, acesso em 18 de julho de 2020.

Figura 7: Evolução mensal do vínculo de beneficiários em planos médico-hospitalares, em milhões

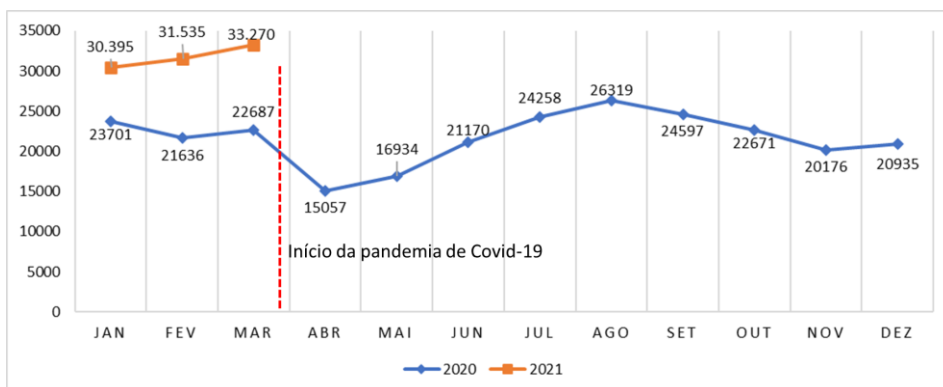


Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários (SIB/ANS), prévia de março/2021; extraído do Boletim ANS Covid-19 Edição de Abril/2021

Neste contexto, a portabilidade de carências se apresenta como um importante instrumento para manutenção do consumidor no mercado de saúde suplementar, cruciais para manter o acesso de diversos beneficiários a serviços de saúde previamente contratados. Isso porque possibilita ao beneficiário de plano de saúde transitar pelo sistema, buscando um produto que melhor se adeque à sua nova condição financeira impactada pela pandemia em curso.

Desse modo, refutando as projeções, nem o incremento do desemprego e a diminuição da capacidade de pagamento foram capazes de afetar o mercado de planos de saúde, e a portabilidade, antes mal recebida por parte dos atores do setor, tem se mostrado uma grande aliada para sua estabilidade durante este período pandêmico, dado que ao mitigar o ‘custo de mudança’ – qual seja, a necessidade de cumprimento de carência ou cobertura parcial temporária – permite-se ao beneficiário que já está no sistema que nele permaneça com sua assistência garantida. Nesse sentido, a análise da evolução da emissão de protocolos de portabilidade pelo Guia de Planos nos anos de 2020 e 2021 (Figura 8) corrobora com as análises acima empreendidas, bem como permitem verificar como decisões regulatórias e fatores externos afetam a tomada de decisão dos consumidores quanto às escolhas sobre seus planos de saúde. Entre abril de 2020 e maio de 2021, foram mais de 335 mil protocolos emitidos, conforme figuras a seguir (Figuras 8 e 9).

Figura 8: Evolução de protocolos de portabilidade emitidos por mês



Fonte: Painel de Sistemas de Produtos - Acompanhamento de Protocolos Guia ANS, período: 01/01/2019 a 31/03/2021; dados extraídos em 6/4/2021.

O gráfico demonstra que do início da pandemia, em março de 2020, até maio do mesmo ano, houve uma redução inicial na quantidade de protocolos emitidos, possivelmente devido ao receio das pessoas em realizar a troca de plano de saúde durante essa época de incertezas sobre a doença e sobre seus impactos na sociedade como um todo. Outro fator que pode ter influenciado essa queda inicial foi a suspensão dos atendimentos presenciais nas empresas, e a necessidade de adaptação ao ambiente remoto para continuidade do atendimento administrativo das operadoras de planos de saúde aos seus clientes, o que deve ter impactado na operacionalização da portabilidade pelas empresas envolvidas.

No entanto, a partir de junho de 2020, passada a fase inicial de incertezas e com o agravamento da crise sanitária e econômica no país, houve um significativo crescimento na busca por emissão de protocolos de portabilidade de carências para fins de troca de plano de saúde. Esse crescimento se manteve até o mês de agosto de 2020, quando a ANS determinou a suspensão da aplicação de reajustes aos planos de saúde por 120 dias a partir de setembro²⁷. Com isso, parece ter havido um movimento de acomodação dos beneficiários no que diz respeito ao interesse por troca de planos com portabilidade de carências, diante da garantia de que não haveria aumento de mensalidades naquele momento.

²⁷ Fonte: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5913-ans-determina-suspensao-de-reajustes-de-planos-de-saude-por-120-dias>

Já a partir de janeiro/2021 (vide figura abaixo), quando as operadoras passaram a cobrar pelos reajustes de 2020 que haviam sido suspensos pela ANS, observou-se uma nova mudança de comportamento dos beneficiários do setor. Houve um aumento de 40% da emissão de protocolos para fins de portabilidade de carências no 1º trimestre de 2021, em comparação ao mesmo período do ano anterior.

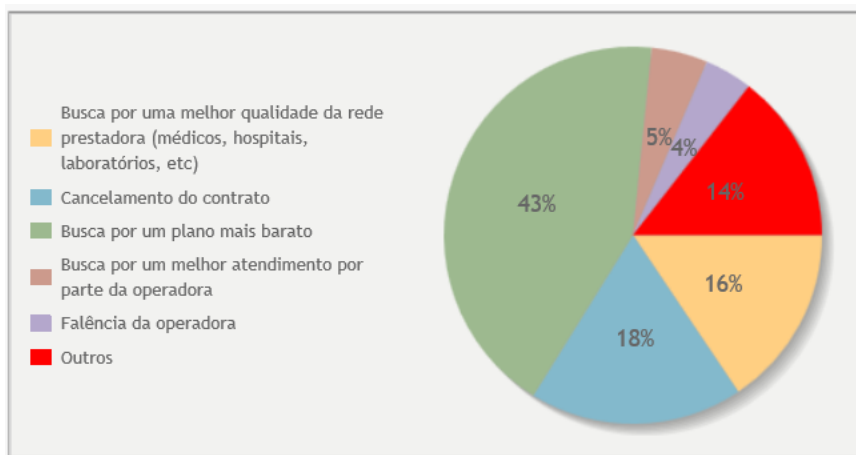
Figura 9 - Evolução da emissão de protocolos de portabilidade (por mil) em 2020 e 2021



Fonte: Guia ANS de Planos de Saúde, dados extraídos em 09/06/2021. Elaboração: NOTA TÉCNICA Nº 6/2021/DIDES/DIFIS/DIOPE/DIPRO

Com a cobrança de reajustes liberada, possivelmente aumentou a procura por portabilidade para planos de menor custo. Segundo informações da Pesquisa de Satisfação do Guia de Planos, a busca por plano mais barato continua sendo o principal motivo para emissão de protocolos, seguido da portabilidade por cancelamento de contrato (ou perda de vínculo), que também teve um incremento relativo nesse período da pandemia, provavelmente associado ao aumento de demissões e à redução de custos pelas empresas por dificuldades financeiras.

Figura 10 -Pesquisa de Satisfação do Guia ANS - Motivo para mudança de planos de saúde



Fonte: Painel de Sistemas de Produtos - Acompanhamento de Protocolos Guia ANS, período: março/2020 a março/2021; dados extraídos em 6/4/2021.

Convém destacar que a manutenção do beneficiário na saúde suplementar representa uma vantagem para todo o sistema de saúde. Para as operadoras, é o vínculo de uma pessoa já tratada; para o beneficiário, a garantia de mais uma forma de assistência; para o sistema público de saúde, a desoneração de um gasto que conta com um recurso finito e insuficiente.

Muito embora seja inegável os efeitos positivos da portabilidade de carências no setor, este instrumento tem suas limitações para o desenvolvimento da concorrência do mercado de saúde suplementar. Dentre elas, destaca-se a falta de conhecimento dos beneficiários do seu direito de exercer a portabilidade, bem como da existência da ferramenta do Guia de Planos da ANS. Infere-se das figuras 8 e 9 que o número de emissão de protocolos é muito baixo comparado ao número total de beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Ademais, a despeito do aumento de 40% do número de protocolos emitidos no primeiro trimestre de 2021, em dados absolutos, apenas 33.270 conseguiram emitir um protocolo de compatibilidade entre planos. Isto quer dizer que, do total de consumidores que acessaram o Guia no período, apenas estes conseguiram identificar um plano compatível com o seu. Isto provavelmente se deve ao fato de algumas

regiões não possuem uma oferta de planos de saúde com os critérios selecionados pelos usuários, seja de preço ou de tipo de contratação.

Vale ressaltar, ainda, que os planos individuais são os únicos de livre adesão, não exigindo do beneficiário qualquer vinculação com uma pessoa jurídica para que tenha elegibilidade para ingressar em um contrato de plano de saúde, como é o caso dos planos coletivos. Entretanto, os planos individuais são os mais escassos e mais caros do mercado. A junção desses dois fatores dificulta o acesso a este tipo de produto como plano de destino de uma portabilidade de carências.

Diante dessas limitações, apresenta-se como desafio o atingimento do maior número de pessoas sobre o seu direito de portar, bem como da ampla divulgação do Guia de Planos da ANS para auxílio no exercício desse direito. Além disso, é necessário o dimensionamento das pessoas que acessaram o Guia e não lograram êxito na busca por um plano compatível e seus respectivos motivos, para que o órgão regulador seja capaz de direcionar suas ações para o fomento da oferta de planos e para o aumento da concorrência no setor.

7. Considerações Finais

A saúde suplementar é marcada por diferentes tipos de falhas de mercado, como a assimetria de informação entre os atores, seleção adversa e risco moral. Por isso, estabelecer uma regulação pró-competitiva, que amenize essas significativas falhas de mercado, é fundamental para que a competição entre operadoras se traduza em ganho de bem-estar aos beneficiários da saúde suplementar.

O presente artigo teve como objetivo apresentar a nova regra estabelecida pela ANS na Resolução Normativa nº 438/2018, que ampliou a possibilidade de portabilidade de carências, como exemplo de regulação pró-competitiva, ao aumentar a capacidade de os beneficiários responderem a aumentos de reajustes e a alteração na rede de prestadores de seus planos, bem como se beneficiarem da entrada de novos ofertantes de planos de saúde com melhor relação custo-benefício.

No contexto de situação de emergência sanitária provocada pela pandemia de COVID-19, iniciada em março de 2020, a ferramenta do Guia ANS de Planos de Saúde e o instituto da portabilidade de carências se configuraram como importantes conquistas do direito do consumidor à saúde, ao possibilitar a troca de plano de acordo com as necessidades de cada usuário, considerando-se o impacto econômico e financeiro da pandemia na sociedade brasileira.

A regulamentação da portabilidade promoveu uma redução do “custo de mudança” imposto pelas regras de carência, que poderia desestimular os beneficiários a mudar de plano, gerando como efeito adverso a retenção do consumidor em um plano de saúde, mesmo que ele não atendesse plenamente suas necessidades, ou, ainda, a saída do sistema suplementar, aumentando a demanda pelo sistema público de saúde. Nesse contexto, a portabilidade de carências se mostrou essencial no contexto da emergência sanitária e do aumento de desemprego no país provocados pela pandemia de COVID-19, para a manutenção do acesso de diversos beneficiários a serviços de saúde previamente contratados, evitando que o SUS fosse ainda mais demandado nesse momento tão delicado.

Destaca-se, ainda, a importância do Guia ANS de Planos de Saúde, que dá ampla transparência aos consumidores sobre a oferta de serviços nesse segmento, permitindo a comparabilidade entre produtos ao consolidar de forma intuitiva as principais características competitivas dos planos de saúde.

Muito embora seja inegável os efeitos positivos da portabilidade de carências no setor, ainda há limitações à sua efetividade no mercado devido à falta de conhecimento dos beneficiários tanto quanto ao seu direito a exercer a portabilidade, como da própria existência da ferramenta do Guia de Planos da ANS. Nesse contexto, pode ser de grande valia estabelecer parcerias com entidades que tenham grande capilaridade nos municípios brasileiros, como o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, Sistema S, e demais entidades representativas de consumidores e contratantes empresariais apresentando a possibilidade de portabilidade e, também, a ferramenta do “Guia ANS de Planos de Saúde”.

12. THE RIGHT TO DATA PORTABILITY UNDER THE LGPD: POSSIBLE REGULATORY SCENARIOS AND RELEVANT ANTITRUST IMPLICATIONS

Nuria Debaza Baxauli; Giovanna de Cristofaro

Abstract: Ever since a right to data portability was first introduced in the European General Data Protection Regulation (“GDPR”) framework, it has been the subject of extensive debate concerning its rationale and likely implications, which go beyond the data protection domain and strongly intersect, *inter alia*, with the antitrust field as well. In Europe, guidance provided by the GDPR’s recitals and by the former Article 29 Working Party (“WP 29”)¹ has assisted in adding clarity to data portability’s breadth, as well regarding practical aspects of its application. In Brazil, on the other hand, Article 18 of the Brazilian General Data Protection Law (“LGPD”) merely states that this right is subject to regulation by the Brazilian National Data Protection Authority (“ANPD”). This provision raises a discussion about the possible regulatory scenarios that may ensue, given that it is worded quite broadly and thus gives margin to multiple interpretations. When taking the European Union (“EU”)’s experience as a frame of reference, given the similarities between the GDPR and the LGPD, the origins and the twofold dimension of this right emerge, indicating that data portability aims to not only ensure the right to informational self-determination by individuals, but also has an economic rationale, relating to the promotion of competition in the market. In this sense, while some argue that the portability provision – as included in the GDPR and regulated by the EU data protection authorities – is inherently limited to address antitrust-related matters, others consider that it promotes an undue interference in digital markets’ dynamics, and may even result in potential anticompetitive effects. The recent EU Digital Markets Act (“DMA”) proposal draws new outlines on this topic, by introducing broader provisions related to data portability and interoperability (to which portability is intrinsically related); with the potential to circumvent limitations of this right under the GDPR, as well as to establish new interpretative standards – which may ultimately serve as inspiration for the assessment of portability under the LGPD.

¹ Currently replaced by the European Data Protection Board (“EDPB”).

Key words: Portability; LGPD; Antitrust; GDPR; Digital Markets Act.

Resumo: Após a introdução do direito à portabilidade dos dados, pela primeira vez, no *European General Data Protection Regulation* (“GDPR”), tal direito tem sido objeto de um amplo debate sobre sua fundamentação e prováveis implicações, para além do âmbito da proteção de dados e com forte intersecção, entre outros, com o âmbito antitruste. Na Europa, as orientações fornecidas pelos considerandos da GDPR e pelo antigo Grupo de Trabalho do Artigo 29 (“WP 29”)² ajudaram a esclarecer a amplitude da portabilidade dos dados, bem como os aspectos práticos de sua aplicação. No Brasil, por outro lado, o artigo 18 da Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados (“LGPD”) limita-se a afirmar que este direito está sujeito à regulamentação pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”). Essa previsão suscita uma discussão sobre os possíveis cenários regulatórios que podem surgir, pois foi redigida de forma bastante ampla e, conseqüentemente, dando margem a múltiplas interpretações. Tomando-se a experiência da União Europeia (“EU”) como referência, dadas as semelhanças entre a GDPR e a LGPD, as origens e a dupla dimensão deste direito surgem, indicando que a portabilidade dos dados visa não só a garantir o direito à autodeterminação informacional dos indivíduos, mas também apresenta uma lógica econômica, relacionada com a promoção da concorrência no mercado. Nesse sentido, enquanto alguns argumentam que a previsão da portabilidade - tal como incluída na GDPR e regulamentada pelas autoridades de proteção de dados da UE - é inerentemente limitada para tratar de assuntos relacionados com o antitruste, outros consideram que ela promove uma interferência indevida na dinâmica dos mercados digitais, e pode mesmo resultar em potenciais efeitos anticoncorrenciais. A recente proposta da *EU Digital Markets Act* (“DMA”) traça novos contornos sobre esse assunto, introduzindo disposições mais amplas relacionadas à portabilidade e à interoperabilidade dos dados (com as quais a portabilidade está intrinsecamente relacionada); com o potencial de contornar limitações desse direito no âmbito da GDPR, bem como de estabelecer novas normas interpretativas - que podem, em última análise, servir de inspiração para a avaliação da portabilidade segundo a LGPD.

Palavras-chave: Portabilidade; LGPD; Antitruste; GDPR; *Digital Markets Act*.

² Atualmente substituída pela *European Data Protection Board* (“EDPB”).

1. Introduction

The LGPD (Law No. 13,709/2018) was intended to fill a huge legislative gap regarding data protection in Brazil and, in many aspects, it has been truly successful. However, since its entry into force in September 2020, the regulation of several of its provisions by the ANPD is still pending, as is the case with the right to data portability. In this regard, the LGPD's Article 18 provides that the data subject has the right to obtain, with regard to his/her data processed by the data controller, the "portability of this data to other product or service providers, through an express request, *in accordance with the regulation put forth by the national authority*, observing trade and industrial secrets". As such, the actual scope of the right to data portability and the manner in which it will be implemented in the national territory remain to be seen.

This article aims to draw a critical assessment on the potential ways in which the right to data portability may be regulated in Brazil, along with relevant implications in both the data protection and antitrust fields. In doing so, it will touch upon the European regulatory landscape and its most recent developments as a basis for comparison – in particular by exploring how data portability is addressed in the newly introduced DMA proposal, along with its likely repercussions in the digital markets' overall dynamics. For this purpose, it is divided in the following manner: Part 1 addresses the origins and possible scope of the right to portability under the LGPD, taking into account the EU's experience with the GDPR – as well as the potential need for legal instruments such as the DMA – in order to determine potential regulatory scenarios. Part 2 follows by advancing a discussion on the desirability of such outcomes from a competition law perspective.

2. Part 1 – Setting the scene

The GDPR (EU Regulation 2016/679) was the first regulatory instrument to introduce the right to data portability as a distinct provision from the right to access in the EU. The main novelty brought by this right was the possibility to transfer data from one controller to another – either directly, when technically feasible, or by receiving the data in a structured, commonly used, machine readable and interoperable format –, which promotes the free flow of data and, in principle, fosters

competition in the market³. As such, the right to portability has a twofold dimension: one that is related to the individual right to data protection, especially the right to informational self-determination; and the other one concerning the promotion of competition, by reducing switching costs and potential lock-in effects. In this sense, if the right to portability did not exist, consumers could be forced to endure privacy issues in their relationship with organizations because of the quantity of personal data already provided to them, and would face considerable difficulties to reproduce a similar relationship with other players in the market, especially in a data driven society, where product and service provisions are mainly based on data.

Because the portability provision was first included in a data protection legal instrument, its scope may be somewhat limited when aiming to address competition issues⁴. Nevertheless, this right is about to acquire additional legal contours in the European landscape, having been expressly included in the recent DMA proposal, which is an entirely new legal instrument intended to cover specific features of digital markets. In this context, it is inevitable to inquire: could we be on the verge of witnessing a new wave of the “Brussels effect”⁵? Should this be the case, and – like the GDPR – the DMA effectively comes to inspire other jurisdictions to adopt similar regulatory models, the Brazilian right to data portability will likely acquire new dimensions as well.

³ “*Whilst the right to personal data portability may also enhance competition between services (by facilitating service switching), the GDPR is regulating personal data and not competition. In particular, article 20 does not limit portable data to those which are necessary or useful for switching services*”. Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on the right to data portability. Brussels: European Commission, p.4, 2016. Available at: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233. Accessed on 09.03.2021.

⁴ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, p. 352, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159157. Accessed on 20.03.2020.

⁵ BYGRAVE, Lee A. ‘Strasbourg Effect’ on data protection in light of the ‘Brussels Effect’: Logic, mechanics and prospects. *Computer Law & Security Review: The International Journey of Technology Law and Practice*, p.2, 2020. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364920300650>. Accessed on 29.03.2020.

2.1. The origins of the right to data portability

The LGPD (Law No. 13,709/2018), as amended by Law nº 13.853/2019, was recently approved on 14 August 2018, after almost ten years of debate. It is worth highlighting that it has only partially entered into force on 18 September 2020, and the relevant sanctions for noncompliance may only be applied from 01 August 2021. This period takes into consideration the efforts that will need to be made by organizations to adapt to the LGPD. As this is the first law regulating the processing of personal data to all sectors in Brazil, a data protection culture is still under development in the country. In this sense, it is natural that organizations will be uncertain on how to effectively comply with the data protection provisions provided by the LGPD, particularly within our data driven economy, in which most products, marketing campaigns and even administrative decisions are the product of data analysis. One of such provisions generating doubts is the right to portability, provided by Article 18, item V.

The first goal of this article is to understand the origins of the right to portability, with a view to determine the main social benefits intended by it. When seeking to interpret the LGPD, the Brazilian data protection community commonly resorts to understandings related to the GDPR, given that the national law was largely inspired by the European legal regime. As such, both instruments establish similar data protection principles, as well as legal grounds personal data processing and data subject rights. Furthermore, the fact that the GDPR is more prescriptive and detailed than the LGPD, in addition to containing 173 recitals to guide its interpretation, considerably facilitates this legal comparative exercise. Using the GDPR as a frame of reference becomes even more relevant when taking into account the current scenario, in which the regulation of the right to portability should only be expected by the first semester of 2022⁶. This is because the ANPD was only formally constituted in November 2020 and is thus still in the process of setting out its regulatory priorities.

Through the GDPR lens, therefore, it is important to bear in mind that Recital 68 clarifies that data subjects shall benefit from the right to portability in order “to further strengthen the control over his or

⁶ ANPD Regulatory Agenda. Ordinance No.11, of 27.01.2021. Available at> <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313>. Accessed on 09.03.2021.

her own data”, which leads to the conclusion that this provision’s primary goal is to promote the right to informational self-determination. This understanding is confirmed in the *Guidelines on the right to data portability* issued by the former WP 29 (“WP 29 Guidelines”), later endorsed by the European Data Protection Board⁷. Importantly, whilst such guidelines also acknowledge the potential implications of portability from an antitrust standpoint, they ultimately highlight its mainly data protection-oriented rationale.

Paula Pedigoni Ponce (2020) explains that the right to portability’s repercussions in the antitrust domain are a result of the high economic value of personal data in the current digital economy⁸ - the extent of which will be further examined in Part 2 below. In this regard, because the free flow of data between competitors widens consumer choice, reduces switching costs and mitigates lock-in effects, data portability inevitably interplays with competition law. Nevertheless, the competitive dimension of this right seems to have been a secondary intention of the legislator. The literature, on the other hand, does not deny the relevance of discussing data portability’s potential antitrust implications, which are highly dependent upon its regulatory design⁹.

In this sense, part of the literature criticizes the limited scope of the right to portability under the GDPR, arguing that, despite being included in a data protection instrument¹⁰, it could also generate more significant benefits from a competition law perspective. Such limitations concern not only the practical extent of the right to portability, but also the fact that it is stipulated as an individual right, which is not directly related to the rights of other suppliers or competitors to access personal

⁷ Article 29 Data Protection Working Party. *Guidelines on the right to data portability*. Brussels: European Commission, 2016, p.3. Available at https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233. Accessed on 28.03.2021.

⁸ PONCE, Paula Pedigone. *Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência*. RDC, v. 8, n. 1, p 138, 2020. Available at: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrancia/article/view/521>. Accessed on 07.03.2021.

⁹ *Ibid*

¹⁰ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. *Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique*. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, p. 352, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159157. Accessed on 20.03.2020.

data, being thus conditional upon the request of each data subject in order to actually generate effects.

Besides having the GDPR as its main reference, additional indications on the origins of the right to portability can be drawn from the LGPD's legislative process. In this sense, although a portability provision was not originally included in the first public consultation regarding the draft data protection bill, such consultation later resulted in an amendment to provide the right to access data in a format that would enable its subsequent use, including in other processing operations¹¹.

There are three main contributions to this public consultation worth highlighting. The first one referred to the rights of access and portability under the GDPR as grounds for the inclusion of these provisions in the Brazilian regime as well. The other two stressed (i) the role played by portability in granting the data subjects control over their own data; and (ii) the idea of having privacy as an element of competition, i.e., an additional factor based on which data subjects can choose among competitors¹². Moreover, while under analysis by the National Congress, two relevant inclusions were made to the legal text, setting forth that the rights to commercial and industrial secrecy should be observed in the exercise of data portability, and providing that this right should be further regulated by the ANPD¹³. Finally, after some provisions were vetoed by the President and the bill of law returned to the legislative power, there was an additional proposition to better delineate the right to portability, suggesting additional clarifications as to what type of data it should cover. This recommendation, however, was rejected by the commission in charge¹⁴.

In light of the influence of the GDPR and the legislative process presented above, it seems that the primary reason for the inclusion of the right to portability in the LGPD text was, indeed, to enhance data protection-related social benefits. Therefore, although concerns connected to competition were present in the legislative debate, they seem to have been granted lower relevance – as was the case in the

¹¹ PONCE, Paula Pedigone. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. RDC, v. 8, n. 1, p. 147, 2020. Available at: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/521>. Accessed on 07.03.2021.

¹² *Ibid*

¹³ *Ibid*

¹⁴ *Ibid*

European experience and the interpretation of the GDPR by data protection authorities. Nevertheless, despite having informational self-determination as its primary legal ground, the right to portability's potential to generate effects in the antitrust domain cannot be overlooked. As such, while the breadth of the GDPR's data portability provision has been made clear and, as will be shown below, does not entail substantial implications from a competition law standpoint, in Brazil, this regulatory exercise is yet to be performed by the ANPD.

2.2. *The scope of the right to data portability under the GDPR*

Given the aforementioned interplay between the GDPR and the LGPD, the assessment of the right to data portability's scope under the GDPR may be useful to understand how this provision could be interpreted within the Brazilian regime. In this sense, article 20 (1) of the GDPR determines that the data subject has the right to (i) receive a copy of the personal data processed by the controller in a structured, commonly used and machine-readable format, and (ii) to transmit such data to another controller. Item "i", makes it clear that the right to portability is an extension or a complement of the right to access, as highlighted by WP 29¹⁵. As regards item "ii", WP 29 clarifies that it should be interpreted as meaning that the controller may not put barriers to such transmission¹⁶.

Article 20 (2), in turn, provides that, when technically feasible, the data subject has the right to have his data directly transferred from one controller to another. This provision raises questions concerning the need to have interoperable systems to transmit data. However, Recital 68 explains that, albeit encouraged, the GDPR does not establish an actual obligation to maintain interoperable systems. Hence, the main

¹⁵ *"Individuals making use of their right of access under the Data Protection Directive 95/46/EC were constrained by the format chosen by the data controller when providing the requested information. The new right to data portability aims to empower data subjects regarding their own personal data, as it facilitates their ability to move, copy or transmit personal data easily from one IT environment to another (whether to their own systems, the systems of trusted third parties or those of new data controllers)."* Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on the right to data portability. Brussels: European Commission, p.4, 2016. Available at https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233. Accessed on 09.03.2021.

¹⁶ *Ibid.*

requirement in this regard is to refrain from creating barriers – either legal, technical or financial¹⁷ - to the portability of data, by providing it to the data subject in a structured, commonly used and machine-readable format, so as to enable data’s seamless transfer and usage by different organizations.

It is also relevant to discuss what type of data is comprised by portability under the GDPR. Article 20 (1), states that only data “which he or she has provided to a controller” shall be included. In this regard, the WP 29 Guidelines note that this interpretation shall be extensive, thus including observed data, such as application usage logs, as well as data volunteered by the data subject¹⁸, i.e., provided when subscribing to a specific online service, for instance. This implies that only data directly obtained from the data subject, either actively or passively, will be portable, while any inferred data resulting from the controllers’ data analytics processes will not be encompassed by the meaning of “provided”.

It is worth noting that WP 29 also discussed whether the portability provision would cover data subject to intellectual property and trade secrets¹⁹, ultimately concluding that the existence of a business risk would not be justifiable to limit this right. However, since the GDPR specifies that portability is applicable to data *provided* to the controller, data resulting from the controller’s algorithmic processes is in any case excluded from its scope. Moreover, algorithmic inferences can also be

¹⁷ Information Commissioner’s Office. Right to data portability. Available at: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/right-to-data-portability/#:~:text=The%20right%20to%20data%20portability%20gives%20individuals%20the%20right%20to,data%20directly%20to%20another%20controller> Accessed on 09.03.2021.

¹⁸ “A distinction can be made between different categories of data, depending on their origin, to determine if they are covered by the right to data portability. The following categories can be qualified as “provided by the data subject”: - Data actively and knowingly provided by the data subject (for example, mailing address, user name, age, etc.) - Observed data provided by the data subject by virtue of the use of the service or the device. They may for example include a person’s search history, traffic data and location data. It may also include other raw data such as the heartbeat tracked by a wearable device.” Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on the right to data portability. Brussels: European Commission, p.10, 2016. Available at https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233. Accessed on 09.03.2021.

¹⁹ *Ibid*, p.12.

considered as deriving from data controllers' expertise, which would fall within the concept of commercial secrecy, and therefore not be comprised by the right to data portability.

This narrower scope attributed to data portability by the GDPR precludes it from having sizable effects in the competition law sphere. This is mainly because, as submitted in Part 2 below, an obligation of this sort which only encompasses raw data is unable to substantially interfere with competitive market dynamics. Should this scope be broadened, however, a different conclusion would entail.

2.3. A new dimension of portability under the EU Digital Markets Act

The need to adapt existing regulatory tools to face the challenges brought by digital markets has long been discussed. In this sense, the efficacy of legal provisions in both the data protection (with the GDPR²⁰) and antitrust fields has been called into question. As such, with an aim to address specific features of the digital ecosystem and, in particular, to ensure fairness and contestability in this domain, the Digital Markets Act proposal was published by the European Commission in December 2020, addressing so called “core platform services” provided by players defined as “gatekeepers”. The first concept focuses on the most widely used digital services, such as online search engines, marketplaces, social networks, video-sharing platforms and cloud computing systems. “Gatekeepers”, in turn, are providers of core platform services which (i) have a significant impact on the internal market, (ii) operate one or more important gateways to customers, and (iii) enjoy or are expected to enjoy an entrenched and durable position in their operations²¹.

Differently from antitrust rules' logic, which are primarily centered on *ex post*, case-by-case assessments of relevant markets and of a conduct's specific anticompetitive effects, the DMA changes this systematic and determines *ex ante* obligations for gatekeepers, seeking to bring “fair economic outcomes” by taking into consideration the unique

²⁰ CASTRO, Daniel. CHIVOT, Eline. Want Europe to have the best AI? Reform the GDPR. Available at: <https://iapp.org/news/a/want-europe-to-have-the-best-ai-reform-the-gdpr/>. Accessed on 09.03.2021.

²¹Digital Markets Act Proposal. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>. Accessed on 09.03.2021.

characteristics of digital markets²². The idea is to facilitate switching or multi-homing in order to foster innovation in the market. Interestingly, one of the provisions included in this proposal is, precisely, a right to data portability.

Despite the fact that it is not a competition law instrument in and of itself, the DMA's goals are fairly aligned with those of the antitrust regime, notably regarding the assurance of a fair economy. Recital 54 of the new proposal, for instance, expressly mentions that gatekeepers have an advantage generated by the access to vast amount of data in the provision of services, which could hinder the entrance of other businesses in the market. Therefore, the DMA has the protection of the innovation potential of digital markets as its main goal, by means of – among other provisions – a right to portability, focused on granting users effective and immediate access to data provided or generated in the use of relevant core platform services of gatekeepers.

In this regard, some differences between the right to portability under the DMA and the GDPR are particularly noteworthy. First, the fact that the main goal of this provision in the DMA is to reinstate the balance regarding data access in the market, while the GDPR primarily focuses on the right to informational self-determination of each individual. As a result, the portability right under the DMA is applicable to both business users and end users, while under the GDPR the subject entitled to this right is always a natural person. Second, the DMA's "do's and don't's" will only apply to gatekeepers and not to any data controller, as is the case with the GDPR. Third, the right to portability under the DMA covers data in any level of aggregation, going as far as to include data *generated* by the data controller. The GDPR, on the other hand, expressly limits portability to what was effectively provided by the data subject. Such specificities shed light on the different purposes served by the right to portability within these two legal instruments, strongly indicating that data portability under the DMA is a much better suited tool to address competition-related issues in digital markets.

2.4. The scope of the right to data portability under the LGPD

²² COLOMO, Pablo Ibáñez. The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis. London School of Economics - Law Department, p.5, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276. Accessed on: 08.03.2021.

Having addressed the rights to data portability under both the GDPR and the DMA, this article will now explore the breadth of the right to portability under the LGPD, especially in relation to potential regulatory scenarios that may be considered by the ANPD. Perhaps the most significant difference between the portability provision in the Brazilian and European regimes is the fact that the LGPD does not specify that only “data *provided* by the data subject” shall be subject to this right. Rather, it refers to any data *processed* by the controller – which gives margin to substantially broad interpretations as to what types of personal data it will effectively encompass.

Furthermore, while the LGPD states that the right to portability shall be exercised by taking into account the rights to commercial and industrial secrecy, this is not expressly provided in the European legal text. In addition, while Recital 68 of the GDPR provides that interoperability is not an obligation, but merely a recommendation, Article 40 of LGPD grants the ANPD powers to determine interoperability standards, thus indicating that interoperability may become a rule.

With regard to the what types of data might be encompassed by the right to portability under the LGPD, at least two regulatory scenarios can be traced: (i) a regulatory design comprising all types of personal data, including algorithmic inferences; and (ii) a more conservative regulation, reflecting the European understanding – i.e., considering portability as encompassing only data provided by the data subject, and thus excluding inferred data, which would be viewed as protected by commercial secrecy.

A literal interpretation of the legal text suggests scenario “i” as the most likely alternative, given that “personal data” is not further qualified by the Brazilian portability provision, and thus refers to virtually any type of data related to identified or identifiable natural persons (thereby clearly including inferences). On the other hand, seeing as the LGPD provides that the exercise of the right to portability shall observe commercial and industrial secrecy, one could argue that data covered by such secrecy would be excluded from the sharing obligation. In this sense, to the extent where inferences can be seen as a product of

data controllers’ “expertise”²³, they would fall outside of the right to data portability’s scope.

As will be further elaborated in Part 2 below, portability is inherently related to interoperability. As such, bearing in mind the aforementioned considerations on the GDPR, three possible interpretations can be drawn with regard to this provision in the LGPD, i.e., either as (i) an extension of the right to access in an interoperable format; (ii) an obligation for the controller not to impose barriers to the portability process performed by the data subjects – thus making efforts to provide them with data in a structured, commonly used and machine-readable format; or (iii) an obligation for the controller to directly transfer data to other controllers upon the request of the data subject. Once again, however, there is a question about the potentially excessive burden that this places on smaller players. To the extent where compliance with the LGPD already generates significant compliance costs, it may not be reasonable to require the development of interoperable formats by all data controllers. Consequently, scenario “ii” seems to be more consistent with the GDPR experience and its aim of providing individuals with the right to informational self-determination.

At this stage, however, any assumptions on data portability and interoperability within the Brazilian regime are merely hypothetical, and the chances of alternative scenarios coming into play cannot be disregarded. In this sense, the LGPD’s broader wording and lack of further qualification raise an immediate need to reflect upon competition-related implications that may arise, particularly when considering the possibility of a more far-reaching portability provision – encompassing algorithmic inferences, *inter alia* – and of actual interoperability standards being required, as will be addressed below.

3. Part 2 – Potential antitrust implications

At the outset, the right to data portability seems to provide a solution for significant antitrust issues within digital markets – ultimately having the potential to reduce monopoly power and boost innovation in this sector. This is a valid outlook, grounded on the idea that incumbents’ access to substantial volumes of personal data impairs new entrants from being able to effectively compete – and thus viewing data as a key input

²³ As understood by the legislative commission responsible for the LGPD, mentioned above.

to operate in this the digital sphere²⁴. As such, mandating the seamless transfer of this asset between data controllers would necessarily lower switching costs and foster competition in the market. This view is further strengthened when looking at the European regulatory scenario, where, as seen above, in addition to the GDPR, a proposal for a Digital Markets Act has recently been published, including a wider data portability obligation, as well as interoperability requirements for gatekeeper platforms.

As such, a potentially broader right to data portability – such as that of the LGPD – seems favorable, not only from a data protection perspective, but from a competition law standpoint as well. Nevertheless, there are certain key differences related to the way in which portability and interoperability provisions are framed in the European and Brazilian regulatory instruments, which are likely to result in substantially dissimilar effects on competition. Hence, even though, at present, neither the DMA (which is merely a draft proposal), nor the LGPD (which is still fairly recent) allow for assessments based on actual scenarios, a preliminary analysis can already be drawn in relation to their potential implications, and the ways in which they are likely to diverge. In this context, two major queries come to mind:

- (i) Assuming that, as previously discussed, the LGPD does, in fact, encompass the portability of inferences created by the data controller’s algorithmic technology – what sort of incentives does this create for market players?
- (ii) What would be the practical effects of the ANPD effectively elaborating interoperability standards to facilitate portability?

3.1. Data as a source of market power

Part 1 of this article has noted that, while data portability in the GDPR only includes personal data directly obtained from the data subject (either actively or passively), the way in which this provision has been framed in the LGPD may entail a broader scope of application, going as far as to encompass inferences created by data controllers’ algorithmic

²⁴ LENARD, Thomas M. If Data Portability is the solution, What’s the Problem, Technology Policy Institute, 2020. Available at https://techpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2020/01/Lenard_If-Data-Portability.pdf. Accessed on 09.03.2021.

technologies. In order to evaluate the incentives that the portability of inferences creates for market players in the digital domain, we must first assess the extent to which raw personal data should be considered an effective source of market power, or, at least, as an input able to grant players a substantial competitive advantage. Arguably, as will be shown, access to large volumes of personal data – albeit certainly relevant – is not the main factor driving competition in digital markets. Rather, as noted by Tucker (2019)²⁵, personal data’s actual monetary worth and its relevance for competition purposes are directly related to the quality of the data controller’s processing technologies and further data analytics tools, the results of which are then used by businesses for informed decision-making. In other words, it is the *inferences* derived from this data that provide an actual source of competitive gains.

Raw data can generally be accessed by several firms simultaneously, from different sources and pathways. Inferences, on the other hand, are unique in nature, generated from each firm’s automated decision-making, profiling and related machine-learning techniques – a process commonly referred to as big data analytics. Such tools enable digital service providers to draw predictions on consumer behavior and future business trends, increase profits via targeted advertising, tailor their services to better suit end users, increase cost-effectiveness and ultimately become more competitive overall²⁶. Technologies of this sort, however, may not be economically and/or technically viable to emulate. As argued by Kramer (2020) “even though two firms may have access to the same raw data set (...), they may derive different insights from it (...), which is ultimately the basis for competition”²⁷. Hence, companies

²⁵ TUCKER, Catherine. Digital Data, Platforms and the Usual [Antitrust] Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility. Massachusetts Institute of Technology (MIT), p.7, 2019. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3326385. Accessed on 08.03.2021.

²⁶ BOURREAU, Marc. DE STREEL, Alexandre. Digital Conglomerates and EU Competition Policy. ETNO – European Telecommunications Network Operators’ Association, p.18, 2019. Available at: https://www.researchgate.net/publication/332174857_Digital_Conglomerates_and_EU_Competition_Policy. Accessed on: 09.03.2021.

²⁷KRAMER, Jan. Personal Data Portability In The Platform Economy: Economic Implications And Policy Recommendations. Journal of Competition Law & Economics, p. 7, 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

with advanced big data analytics will usually enjoy a solid commercial advantage over other players.

Moreover, raw data has very low marginal costs of production and distribution, it is provided by users effortlessly and can be automatically recorded by services providers²⁸. In addition, while data storage is being facilitated at increasingly low costs, especially given the possibility of outsourcing it through cloud-based infrastructure, which allows for scalability and reduction of upfront IT costs for online businesses, the development of processing technologies is an expensive process, requiring substantial investments on hardware, software and know-how, and may thus represent a higher barrier for new entrants²⁹.

Big data's relevance from an antitrust perspective is further strengthened because of its strong versatility, which substantially increases the leveraging potential of players in digital markets. This because, given the modularity of digital product designs, algorithms and machine learning techniques can be used in a wide variety of products and services³⁰. Therefore, data originally collected for one purpose and/or during the provision of a specific service can be reprocessed and re-used to subsidize informed decision-making in entirely different fields, thus favoring expansion into neighboring markets³¹.

This is not to say that raw data in and of itself is not important from a business standpoint – however, as highlighted by Hal Varian, “it's

²⁸ KRAMER, Jan. SCHNURR, Daniel. Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies. *Journal of European Law*, p. 21, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

²⁹ RAGAZZO, Carlos. MONTEIRO, Gabriela. Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial? *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 3, p. 155 and 167. Available at: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/9436>. Accessed on 09.03.2021.

³⁰ BOURREAU, Marc. DE STREEL, Alexandre. Digital Conglomerates and EU Competition Policy. *ETNO – European Telecommunications Network Operators' Association*, p. 20, 2019. Available at: https://www.researchgate.net/publication/332174857_Digital_Conglomerates_and_EU_Competition_Policy. Accessed on: 09.03.2021.

³¹ RAGAZZO, Carlos. MONTEIRO, Gabriela. Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial? *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 3, p. 157. Available at: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/9436>. Accessed on 09.03.2021.

just the raw material, it's not the finished product"³², and, as such, its full economic potential can only be reaped once it has been processed and analyzed³³. In this sense, however important the volume of data collected may be, its significance for competitive purposes should not be assessed independently from the other three “vs” embodied in the concept of big data; namely, variety, velocity and value³⁴.

A practical example of this conclusion is provided by Boutin and Clemens (2017)³⁵. When addressing this subject, the authors consider the European Commission’s assessment of the acquisition of Tele Atlas, a supplier of digital map databases, by TomTom, a supplier of navigation software for use in navigation devices. The transaction was approved, among other reasons, based on the assumption that entry in the market for internet-based map applications was unlikely, since potential entrants would need to collect substantial volumes of data in order to build databases with the same features as those of TeleAtlas’, which would be significantly resource-intensive³⁶ and require “several years”³⁷. One year after the merger approval, however, Google released its Google Maps application, offering far more features and ultimately becoming one of the leading players in the market. In this sense, while DG Competition’s assessment was clearly centered on the “volume” aspect of digital data –

³² GHADDAR, Maryam. Hal Varian – Data, Like Oil, Needs to be Refined to be Useful, available at: <https://www.salzburgglobal.org/news/statements/article/hal-varian-data-like-oil-needs-to-be-refined-to-be-useful>. Accessed on 10.03.2021.

³³ KRAMER, Jan. SCHNURR, Daniel. Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies. *Journal of European Law*, p. 21, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

³⁴ “(...) *big data has seven traits — they are: huge in volume, consisting of terrabytes or petabytes of data; high in velocity, being created in or near real-time; diverse in variety in type, being structured and unstructured in nature, and often temporally and spatially referenced*”. KITCHIN, R. *Big data and human geography: Opportunities, challenges and risks*. *Dialogues in Human Geography*. Sage journals. v. 3, n. 3, p. 262–267, 2013. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/20438206135113388> . Accessed on: 09.03.2021.

³⁵ BOUTIN, Xavier. CLEMENS, Georg. Defining 'Big Data' in Antitrust. *Competition Policy International (CPI) – The Global Resource for Antitrust and Competition Policy: Antitrust Chronicle*, v.1, n.2, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2938397> . Accessed in 07.03.2021.

³⁶ Commission decision of May 14th, 2008 (Case No COMP/M.4854 - TOMTOM/TELE ATLAS), para. 25.

³⁷ *Ibid*, para. 26.

i.e., viewing the amount of data collected, as well as the method of collection, as determining factors to successfully compete – Google’s entry was made possible due to advanced data analytics techniques, through which data collected in its search engine activities was processed and used as an input for operation in the digital maps domain³⁸.

The TomTom/TeleAtlas example showcases the fact that, as noted above, market power in data-driven markets stems not so much from the raw data itself, but mainly from *big* data, or, as defined by Boutin and Clemens (2017)³⁹ the “ability to collect and analyze a large volume of data which contains a variety of information in a timely manner”. As a result, it can be argued that a provision such as the GDPR’s, which simply facilitates access to personal data provided by individuals, does not have an impact on competition as significant as one may expect. This is understandable, since – as previously remarked – the GDPR is mainly grounded on fundamental human rights, rather than on an economic rationale⁴⁰.

³⁸ BOUTIN, Xavier. CLEMENS, Georg. Defining 'Big Data' in Antitrust. Competition Policy International (CPI) – The Global Resource for Antitrust and Competition Policy: Antitrust Chronicle, v.1, n.2, p. 4, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2938397> . Accessed in 07.03.2021.

³⁹ *Ibid*, p.4.

⁴⁰ KRAMER, Jan. Personal Data Portability In The Platform Economy: Economic Implications And Policy Recommendations. Journal of Competition Law & Economics, p. 2, 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

3.2. Portability of inferences and its implications

There is a different conclusion to be drawn, however, concerning the way in which the LGPD may come to address data portability. As aforementioned, the Brazilian regime has framed this provision more broadly than the GDPR. Consequently, assuming Article 18, item “V”, will indeed be interpreted so as to include inferences within its scope, its antitrust implications will likely be more significant as well. In practice, however, whilst there may be some positive aspects to this, it is not always the case that a far-reaching data portability obligation will produce desirable outcomes from a competition law perspective.

As previously submitted, market power in data-driven markets is largely attributable to a firm’s ability to use machine learning techniques and further data analytics tools in order to draw valuable inferences from data, which can then be used to subsidize informed decision-making in business environments. Developing data processing technologies, however, is a truly complex and resource-intensive process. Players that engage in it usually do so because of the high expected returns, given the “winner takes all” feature and tipping potential of digital markets. In fact, as highlighted by Casanova (2020)⁴¹, informational economies allow for significant first mover advantages to be gained through technological leadership and innovation.

In this context, to the extent where inferences can be viewed as the product of digital market players’ innovative efforts, introducing a portability obligation that effectively mandates the sharing of this asset automatically decreases the prospects of appropriability of investments in the field – akin, perhaps, to removing patent rights in intellectual property-intensive markets. As a result, players’ incentives to innovate would be necessarily affected⁴². It follows that, although data portability’s “switching right” nature suggests a potential to boost competition, in practice, it also carries an inherent risk of fostering free riding behavior, insofar as competitors may easily access data that was treated at other players’ expense.

⁴¹ CASANOVA, Jordi. Online Search Engine Competition with First-Mover Advantages, Potential Competition and a Competitive Fringe: Implications for Data Access Regulation and Antitrust. EFTA Surveillance Authority, p. 23, 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3647092. Accessed on: 10.03.2021.

⁴² *Ibid.* p. 16

Not by chance, purely antitrust-related standards provide considerably higher thresholds for mandated sharing of inputs. In the European landscape, for instance, such an obligation should only be imposed if a refusal to supply is verified, thus requiring a show of market power of the entity subject to the sharing obligation, as well as evidence that the input in question is “objectively necessary to be able to compete effectively on a downstream market”. In addition, refraining from sharing this input would have to produce exclusionary effects, ultimately leading to consumer harm, such as preventing competitors from bringing innovative products or stifling follow-on innovation⁴³. In this sense, a rule of reason assessment is generally carried out, thus enabling firms to demonstrate efficiencies that can potentially outweigh the harmful effects of their allegedly anticompetitive conduct. In Brazil, CADE’s decisional practice follows a similar line.

The right to data portability in the LGPD, however, may effectively introduce a *per se* duty to share relevant input with competitors – ultimately undermining incentives, not only for incumbent firms to continue investing in R&D in order to maintain their competitive advantage and achieve higher profits, but also for start-ups and potential entrants to engage in innovation efforts to develop their own data analytics technologies, insofar as they will have the chance to access more sophisticated datasets, free of charge⁴⁴. Although this will ultimately depend upon users of digital platforms actually exercising their right to data portability, the mere possibility of this request already creates a threat to potential economic gains, and may thus deter entry and stifle innovation. Consistent with this, both the European Commission⁴⁵ and the Court of Justice⁴⁶ have expressly acknowledged that mandatory access obligations involve a tradeoff between short-term competition and innovation incentives on market players.

⁴³ Commission Guidance on the enforcement priorities in applying Article 102 TFEU, paragraphs 81 and 87.

⁴⁴Casanova, Jordi. Online Search Engine Competition with First-Mover Advantages, Potential Competition and a Competitive Fringe: Implications for Data Access Regulation and Antitrust. EFTA Surveillance Authority, p. 47, 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3647092. Accessed on: 10.03.2021.

⁴⁵ Commission Guidance on the enforcement priorities in applying Article 102 TFEU, paragraph 75

⁴⁶ Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-7-97 *Bronner v. MediaPrint*, paras 56-70

Hence, to the extent where fostering innovation is a key consideration for the achievement of consumer welfare; especially in data-driven markets, overly broad provisions such as the LGPD's should be cautiously viewed and applied, so as not to harm potential dynamic efficiencies within the digital ecosystem⁴⁷.

When assessing portability under the GDPR, on the other hand, this outcome is not necessarily verified, given that the Regulation's wording is clear about the fact that it only extends to volunteered and observed personal data. As highlighted above, because the actual economic worth of raw data is directly related to the quality of the firm's data analytics and algorithmic engineering technologies, an obligation of this sort does not diminish the profitability potential of investments in big data-driven innovation. Furthermore, once a player has achieved access to a substantial volume of raw data, the economic value brought by additional user data becomes minimal⁴⁸. As such, exclusivity of access to raw data does not automatically increase the economic returns that can be derived from it⁴⁹.

3.3. Interoperability, standard-setting and related implications

Portability requires the seamless transfer from one controller to another – being thus inextricably linked to interoperability. Looking at the European framework, however, the GDPR does not explicitly require interoperability. As noted above, Recital 68 provides that controllers

⁴⁷ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, p. 357, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159157. Accessed on 20.03.2020.

⁴⁸ In this regard, Schnurr and Kramer (2020, p. 21) mention the phenomenon of “social data”: “*That is, a data incumbent that already has collected a very large sample of user data, can use this data to make predictions also about new users that are outside of the sample. In other words, data collected about an individual user is not only informative about that specific user, but also about similar users, such as in the creation of virtual ‘twins’ for the purpose of targeting advertising. This implies that for data incumbents, who already have access to a large trove of raw user data, the marginal value of obtaining more user data approaches zero*”.

⁴⁹ KRAMER, Jan. SCHNURR, Daniel. Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies. *Journal of European Law*, p. 21, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

should be *encouraged* to develop interoperable formats, yet, it “does not create an obligation (...) to adopt or maintain processing systems which are technically compatible” – which is an additional indication of the limited breadth of its data portability provision.

In Brazil, on the other hand, Article 40 of the LGPD expressly provides that the ANPD may establish interoperability standards for portability purposes. Should this happen, there may be an express obligation for data controllers to adopt them. Although guidelines of this sort may indeed be useful to counter *de facto* standards established by dominant players in the market, one should not overlook the fact that standard-setting is also widely discussed in the competition law domain due to its exclusionary potential.

On this subject, for instance, the *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* specifically state that “once one technology has been chosen and the standard has been set, competing technologies and companies may face a barrier to entry and may potentially be excluded from the market”⁵⁰. Therefore, as stressed by Walden and Luciano (2011)⁵¹, the choices made by the public administration concerning the standards to be adopted for the purposes of enabling interoperability must undergo careful consideration to avoid potentially distorting competition.

It is also noteworthy that the lack of interoperability is not always a result of data controllers’ aims to seek anticompetitive advantages – it can also derive from actual technical constraints. In practice, whilst it is true that data controllers may intentionally lock customers to their service to secure long-termed commercial relationships, they also have incentives to effectively promote interoperability, since it renders them more attractive to potential users, who may select a service specifically for its interoperable qualities. However, even for major players, achieving interoperability can be considerably onerous, since they may have already constructed large-

⁵⁰ See paragraph 266 of the aforementioned Guidelines.

⁵¹ WALDEN, Ian. LUCIANO, Laise. Ensuring Competition in the Clouds: The Role of Competition Law? Queen Mary University of London, p.23, 2011. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1840547. Accessed on 10.03.2021.

scale infrastructure, with possibly irreconcilable underlying technologies⁵².

For small and medium-sized businesses and potential entrants, the requirement to put in place mechanisms for the secure transfer of data represents an even larger burden, which may outweigh their expected profits from entering the market⁵³. Notably, implementation costs would fall not only upon businesses, but on the regulatory authority as well, given the need to develop an institutional framework to oversee compliance with its standards. In line with the above and considering that there is limited evidence that data portability is widely used today⁵⁴, it is unlikely that customer demand will be significant enough to justify the expenses associated with this regulatory framework, for market players and regulators alike.

Lastly, the risk of regulatory capture is one that cannot be neglected – even more so in concentrated markets such as those at issue. When there is a possibility of standards being set by a regulatory authority, incumbents who are adversely affected or feel threatened by new business models will commonly seek to block regulatory changes that facilitate entry and promote disruptive competition, with “status quo biases” and political conservatism usually weighing in their favor⁵⁵. This chills innovation incentives for smaller players and potential entrants,

⁵² European Data Protection Supervisor (EDPS). Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Commission's Communication on "Unleashing the potential of Cloud Computing in Europe". P. 16, 2012. Available at: "https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-11-16_cloud_computing_en.pdf". Accessed on: 08.03.2021

⁵³ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, p. 358, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159157. Accessed on 10.03.2021.

⁵⁴ CASANOVA, Jordi. Online Search Engine Competition with First-Mover Advantages, Potential Competition and a Competitive Fringe: Implications for Data Access Regulation and Antitrust. *EFTA Surveillance Authority*, p. 46, 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3647092. Accessed on: 10.03.2021.

⁵⁵ CRANE, Daniel. Scrutinizing Anticompetitive State Regulations through Constitutional and Antitrust Lenses, *William & Mary Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1177 and 1183, 2019. Available at: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol60/iss4/4/>. Accessed on: 07.03.2021.

undermining dynamic efficiencies and, ultimately, generating high societal costs.

3.4. DMA – a possible middle ground?

Arguably, the “lack of effectiveness” of the GDPR’s portability provision from an antitrust standpoint will be, in some ways, counterbalanced by the new DMA proposal. Albeit not an antitrust instrument *per se*⁵⁶, by aiming to increase contestability and mitigate leveraging concerns and network effects, the new draft regulation seems to provide considerable leeway for portability to achieve procompetitive aims.

Its main provisions on the subject are Article 6(1)(h) and 6(1)(i), in addition to 6(1)(f), which touches upon interoperability, and Recital 55, which further elaborates on the matter. The wider scope of data portability within the proposal becomes immediately clear by the fact that it can be exercised not only by natural persons, but by businesses as well. Furthermore, it expressly encompasses both personal and non-personal data, as well as inferred data – generated by both the business users of core platform services and by the end users of such business users. An additional noteworthy feature is the requirement to provide continuous and real-time access to such data (subject to the GDPR when concerning personal data), which is neither provided by the LGPD nor by the GDPR – both of which only foresee a “one-off” portability provision.

Although such provisions may seem exceedingly broad, especially in light of the aforementioned considerations concerning the potential stifling of investments and innovation, the DMA’s “dos and don’ts” are exclusively applicable to entities qualified as “gatekeepers”, and strict requirements are established for a player to be classified as

⁵⁶ In this respect, COLOMO (2021, p. 3) clarifies why the DMA is not a competition law instrument by highlighting two key points in the draft regulation, namely: (i) Recital 10 of the DMA, which expressly states that the aims and legal interests of the DMA, i.e., ensuring fairness and contestability of the markets where gatekeepers are present are different – albeit complementary– to the protection of undistorted competition, and should thus be pursued independently, without being constrained by antitrust considerations; and (ii) the fact that the application of DMA provisions is not conditional upon the demonstration of the anticompetitive object and/or effect of a practice be demonstrated for it to be subject to higher scrutiny and/or potential remedies.

such⁵⁷. As such, possible harmful effects related to the indiscriminate application of data portability and interoperability obligations set in the LGPD are less significant within the DMA framework, given that it relieves SMEs and potential entrants from sizable compliance burdens; while targeting players whose activities are key for “businesses that depend on being visible, accessible and ranked in online search results”⁵⁸ – automatically aiming to even the playing field for competition. In this regard, as noted by Commissioner Margrethe Vestager herself, the DMA has managed to establish a middle ground between the essential facilities doctrine and competition law enforcement, to the extent where the “gatekeeper” designation is based on criteria related to dominance under antitrust standards, and the proposed gatekeeper rules are indeed similar to the essential facilities doctrine⁵⁹, nevertheless, the Act does not require dominance to be established, nor the firms’ behavior to be examined⁶⁰.

Issues connected to the fact that the right to data portability establishes a *per se* sharing obligation are equally mitigated in the DMA, insofar as both portability and interoperability-related provisions are set forth in Article 6, which expressly provides the possibility of “further specification”. In this sense, Recital 29 notes that the practical implementation of measures ordered by the Commission should follow a “regulatory dialogue”, taking into account the specific features of the core platform services, as well as the principle of proportionality. Consequently, the fact that data portability and interoperability requirements are subject to prior proportionality assessments could allow

⁵⁷ See Article 3 (1) of the DMA Proposal

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ The ‘essential facilities’ doctrine substantially provides that a dominant company’s refusal to grant access to an essential facility controlled by it may constitute an abuse under antitrust law if this refusal has significant restrictive effects on competition. Essential facilities typically consist in infrastructure deemed essential for market players to compete in downstream, related or neighbouring markets. EU case law on this matter includes Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeinungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG [1998] ECR I-779; Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004]; and Case C-241 & 242/91 P Radio Telefis Eireann v. Commission [1995] ECR I-743. For more information, see HATZOPOULOS, Vassilis. The EU essential facilities doctrine. Research Papers in Law. College of Europe, 2006.

⁶⁰ ARANZE, Janith. Vestager questioned on essential facilities omission from DMA. Global Competition Review, 2020. Available at: <https://globalcompetitionreview.com/digital-markets/vestager-questioned-essential-facilities-omission-dma>. Accessed on 13.04.2021.

for a case-by-case balancing exercise, thereby weighing potential efficiencies against anticompetitive harm before effectively imposing a duty to give access. The LGPD, on the other hand, does not foresee a possibility of this sort.

Lastly, the real time and continuous access feature is equally crucial to enhance data portability's relevance from a competition and user empowerment perspective⁶¹. This because, although there may be instances where the retention large amounts of data over time accrues value to the platform⁶², in practice, it is not always the case that historical data will be useful for commercial purposes – especially in business to business situations, where data storage and application is often oriented towards short-term strategic decisions⁶³. In fact, as noted by Tucker and Wellford (2014)⁶⁴, “data collection and analysis are increasingly occurring on a real-time or near-real-time basis”. In addition, “one-off” data portability potentially compromises users’ multi-homing experience, given that not all service providers may have up-to-date data on them on a timely manner, and also since there would be a need to exercise this right several times in order to gather a sufficient amount of data. Therefore, in a fast-changing environment such as that of digital markets, continuous access is key to maintain the competitive value of data.

4. Conclusion

The assessment of the current digital market framework cannot overlook the value of data-driven innovation, its positive impact on resource efficiency and economic competitiveness, or the policy

⁶¹ KRAMER, Jan. SCHNURR, Daniel. Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies. *Journal of European Law*, p. 21, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

⁶² TUCKER (2019) illustrates this by bringing up the example of financial data for tax-compliance purposes.

⁶³ An example would be the real-time bidding processes in online advertising markets, as highlighted by Tucker and Wellford (2014).

⁶⁴ TUCKER, Darren. WELLFORD, Hill. Big Mistakes Regarding Big Data, Antitrust Source, American Bar Association, p. 4, 2014. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549044. Accessed on: 09.03.2021.

challenges it presents⁶⁵. From an antitrust perspective, the topic on whether new rules are needed (in particular, *ex ante* regulation) and, if so, on what would be the optimal level of interference, has been long debated, and answers are still unclear.

As seen above, albeit introduced in privacy regulatory instruments such as the GDPR and the LGPD, the right to data portability is strongly interlinked to the antitrust domain, the extent of its implications hinging largely upon the way this provision is framed and its likely interpretation in administrative and judicial practice. Given that this right is yet to be regulated in Brazil, this paper has sought to establish possible scenarios on how portability may come to be addressed. In doing so, it has touched upon its origins in the Brazilian and European regulatory frameworks and advanced a discussion on its scope of application in both instances – considering, in particular, the possibility of algorithmic inferences being encompassed by this provision. Potential implications from a competition law standpoint were subsequently assessed. In this context, the recent DMA proposal was brought up, with a view to highlight the new contours attributed to data portability in this new regime, and the extent to which it offers valuable means to counter anticompetitive features of digital markets, while seeking to preserve incentives to invest and innovate.

Perhaps the tendency to follow European regulatory trends may lead Brazilian regulators to consider the adoption of a legal system similar to the DMA in the future. This remains to be seen in the long run, however, especially considering that the European proposal has not even been implemented yet. For the time being, it will be interesting to observe the practical application of the data portability provision in the Brazilian context, and whether it will allow room for case-by-case assessments in instances where dynamic efficiencies could potentially be harmed.

⁶⁵ OCDE. Data-driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being, 2015. Available at: <https://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>. Accessed on: 09.03.2021.

5. Cited works

ANPD Regulatory Agenda. Ordinance No.11, of 27.01.2021. Available at: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313>. Accessed on 09.03.2021.

ARANZE, Janith. Vestager questioned on essential facilities omission from DMA. *Global Competition Review*, 2020. Available at: <https://globalcompetitionreview.com/digital-markets/vestager-questioned-essential-facilities-omission-dma>. Accessed on 13.04.2021.

Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on the right to data portability. Brussels: European Commission, 2016. Available at: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233. Accessed on 28.03.2021.

BOURREAU, Marc. DE STREEL, Alexandre. Digital Conglomerates and EU Competition Policy. ETNO – European Telecommunications Network Operators’ Association, 2019. Available at: https://www.researchgate.net/publication/332174857_Digital_Conglomerates_and_EU_Competition_Policy. Accessed on: 09.03.2021.

BOUTIN, Xavier. CLEMENS, Georg. Defining 'Big Data' in Antitrust. *Competition Policy International (CPI) – The Global Resource for Antitrust and Competition Policy: Antitrust Chronicle*, v.1, n.2, 2017. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2938397> . Accessed in 07.03.2021.

BYGRAVE, Lee A. 'Strasbourg Effect' on data protection in light of the 'Brussels Effect': Logic, mechanics and prospects. *Computer Law & Security Review: The International Journey of Technology Law and Practice*, 2020. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364920300650> . Accessed on 29.03.2020.

CASANOVA, Jordi. Online Search Engine Competition with First-Mover Advantages, Potential Competition and a Competitive Fringe: Implications for Data Access Regulation and Antitrust. EFTA Surveillance Authority, 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3647092. Accessed on: 10.03.2021.

CASTRO, Daniel. CHIVOT, Eline. Want Europe to have the best AI? Reform the GDPR. Available at: <https://iapp.org/news/a/want-europe-to-have-the-best-ai-reform-the-gdpr/>. Accessed on 09.03.2021.

COLOMO, Pablo Ibáñez. The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis. London School of Economics - Law Department, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276. Accessed on: 08.03.2021.

CRANE, Daniel. Scrutinizing Anticompetitive State Regulations through Constitutional and Antitrust Lenses, *William & Mary Law Review*, v. 60, n. 4, 2019. Available at: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol60/iss4/4/>. Accessed on: 07.03.2021.

Digital Markets Act Proposal. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>. Accessed on 03.03.2021.

European Commission decision of May 14th, 2008. Case No COMP/M.4854 - TOMTOM/TELE ATLAS. Available at: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4854_20080514_20682_en.pdf. Accessed on 03.03.2021.

European Commission Guidance on the enforcement priorities in applying Article 102 TFEU. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>. Accessed on 03.03.2021.

European Data Protection Supervisor (EDPS). Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Commission's Communication on "Unleashing the potential of Cloud Computing in Europe". 2012. Available at: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/12-11-16_cloud_computing_en.pdf. Accessed on: 08.03.2021

GHADDAR, Maryam. Hal Varian – Data, Like Oil, Needs to be Refined to be Useful”, available at: <https://www.salzburgglobal.org/news/statements/article/hal-varian-data-like-oil-needs-to-be-refined-to-be-useful>. Accessed on 10.03.2021.

GRAEF, Inge. VERSCHAKELLEN, Jeroen. VALCKE, Peggy. Putting the right to data portability into a competition law perspective. *Law: The Journal of the Higher School of Economics. Annual Review*, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416537. Accessed on: 03.03.2021.

HATZOPOULOS, Vassilis. The EU essential facilities doctrine. Research Papers in Law. College of Europe, 2006.

KITCHIN, R. Big data and human geography: Opportunities, challenges and risks. Dialogues in Human Geography. Sage journals. v. 3, n. 3, 2013. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2043820613513388> . Accessed on: 09.03.2021.

KRAMER, Jan. Personal Data Portability In The Platform Economy: Economic Implications And Policy Recommendations. Journal of Competition Law & Economics, 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

KRAMER, Jan. SCHNURR, Daniel. Big Data and Digital Markets Contestability: Theory of Harm and Data Access Remedies. Journal of European Law, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3789510. Accessed on: 09.03.2021.

LENARD, Thomas M. If Data Portability is the solution, What's the Problem. Technology Policy Institute, 2020. Available at https://techpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2020/01/Lenard_If-Data-Portability.pdf. Accessed on 09.03.2021.

OCDE. Data-driven Innovation. Big Data for Growth and Well-Being. 2015. Available at: <https://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>. Accessed on: 09.03.2021.

Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-7-97 Bronner v. MediaPrint. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A1998%3A264>. Accessed on 02.03.2021.

PONCE, Paula Pedigone. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. RDC, v. 8, n. 1, 2020. Available at: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/articloe/view/521>. Accessed on 07.03.2021

RAGAZZO, Carlos. MONTEIRO, Gabriela. Data e Concorrência: Quando Big Data é Uma Variável Competitiva em Mercados Digitais e Deve Ser Considerada na Análise Concorrencial? Economic Analysis of Law Review, v. 9, n. 3, 2018. Available at: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/9436>. Accessed on 09.03.2021.

SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. *Maryland Law Review*, v. 72, n. 2, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2159157. Accessed on 20.03.2021.

TUCKER, Catherine. “Digital Data, Platforms and the Usual [Antitrust] Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility” Massachusetts Institute of Technology (MIT), 2019. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3326385. Accessed on 08.03.2021.

WALDEN, Ian. LUCIANO, Laise. “Ensuring Competition in the Clouds: The Role of Competition Law?” Queen Mary University of London, 2011. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1840547. Accessed on 10.03.2021.