

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DARIO DA SILVA OLIVEIRA NETO

ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA ERA DIGITAL: A INEFICIÊNCIA DO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO E A PROPOSTA DE INCLUSÃO DO CRITÉRIO DE VALOR DE OPERAÇÃO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO BRASILEIRO

Porto Alegre
2019

DARIO DA SILVA OLIVEIRA NETO

ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA ERA DIGITAL: A INEFICIÊNCIA DO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO E A PROPOSTA DE INCLUSÃO DO CRITÉRIO DE VALOR DE OPERAÇÃO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein Zanini

Porto Alegre
2019

DARIO DA SILVA OLIVEIRA NETO

ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA ERA DIGITAL: A INEFICIÊNCIA DO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO E A PROPOSTA DE INCLUSÃO DO CRITÉRIO DE VALOR DE OPERAÇÃO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 17 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Klein Zanini
Orientador

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Prof. Dr. Manoel Gustavo Neubarth Trindade

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais por terem me dado a opção de cursar Direito ou ser deserdado da família – por 3 anos pensei que tivesse feito a escolha errada, no quarto ano tive a certeza, mas, no último ano, vi que até é legalzinho tudo isso (apesar da maioria dos pensamentos jurídicos não terem nenhuma condição de existir, estarem completamente fora da realidade e não terem um pingão de respeito com o aspecto da eficiência). À minha mãe, por ter abdicado por um tempo da sua profissão para minha criação. Ao meu pai, por ter me criado do melhor jeito possível. Serei eternamente grato.

Agradeço aos professores que tive ao longo dessa jornada, por, humildemente (mas nem sempre), terem dividido seu conhecimento comigo. Em especial, ao professor Carlos Klein Zanini por ter aceitado ser meu orientador, para mim, uma honra.

Agradeço à minha namorada, por ter facilitado, e muito, esses últimos anos. Essa jornada não seria a mesma sem você.

Agradeço a todos os amigos que fiz durante essa jornada. Em especial, ao Descubra (lutando sempre contra #elPacto).

Agradeço a todos que me ajudaram ao longo desses anos.

Por último, agradeço ao povo brasileiro por ter financiado esta graduação. Apesar de saber que o dinheiro poderia ter sido utilizado de infinitas melhores formas, espero poder retribuir ao longo dos meus anos de vida.

RESUMO

O presente trabalho objetivou o estudo sobre a eficiência do critério de valor de faturamento do controle de concentração brasileiro frente às mudanças ocasionadas pela Economia Digital e os atos de concentração digitais. Devido ao fato do CADE não ter analisado nenhuma concentração digital ao longo dos últimos anos, procurou-se identificar a existência de uma lacuna no controle de concentração e se a origem deste problema estava no principal critério de notificação obrigatória do Direito Concorrencial brasileiro: o critério de valor de faturamento. Com o propósito de responder essa pergunta, o trabalho examinou pormenorizadamente o controle de concentração brasileiro, além das análises gerais dos controles de concentração norte-americano, comunitário, alemão e austríaco – a fim de realizar uma comparação entre os critérios de notificação obrigatória dessas jurisdições. Ademais, seguindo uma abordagem econômica, analisaram-se as características da Economia Digital, enfatizando a importância dos dados e do Big Data, e as suas consequências para os modelos de negócios atuais – além de relacionar a Economia Digital com o antitruste – a fim de entender o diferencial das concentrações digitais. Após, verificou-se os principais argumentos, favoráveis e contrários, sobre a existência de uma lacuna no controle de concentração atual e se as concentrações digitais podem ser identificadas como uma preocupação antitruste. Por último, examinaram-se os critérios subsidiários ao critério de valor de faturamento e se concluiu sobre a necessidade de inclusão do critério de valor de operação no Direito Concorrencial brasileiro com o propósito de obrigar a notificação de atos de concentração digitais ao CADE.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Controle de Concentração. Era Digital. Valor de operação.

ABSTRACT

The present study aimed a research about the efficiency of Brazilian merger control's turnover criterion in relation of the changes caused by Digital Economy and digital mergers. Since CADE has not analysed any digital mergers in the recent years, an attempt was made to identify the existence of a merger control gap and whether the origin of the problem was in the main mandatory notification criterion of Brazilian competition law: the turnover threshold criterion. In order to answer this question, the study examined Brazilian merger control regime in detail, in addition to a general analyses of U.S., European, German, and Austrian merger controls - in order to make a comparison between the mandatory filing criteria of these jurisdictions. In addition, following an economic approach, the characteristics of the Digital Economy were analyzed, emphasizing the importance of data and Big Data, and their consequences for the current business models - besides relating the Digital Economy with antitrust - in order to understand the differential of digital mergers. Afterwards, the main arguments, favorable and contrary, about the existence of a gap in the current merger control and whether the digital mergers can be identified as an antitrust concern were verified. Finally, the subsidiary criteria of the turnover criterion were examined and it was concluded on the need to include the transaction value criterion in the Brazilian Competition Law for the purpose of requiring the digital mergers' notification.

Keywords: Competition Law. Merger Control Regime. Digital Era. Value of Transaction.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Tempo médio de tramitação dos Atos de Concentração

Figura 2 - Economias e Deseconomias de escala

LISTA DE SIGLAS

AC	Ato de Concentração
ACC	Acordo em Controle de Concentração
APAC	Procedimento administrativo para apuração de ato de concentração
BIICL	<i>British Institute of International and Comparative Law</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CCI	<i>Competition Commission of India</i>
CCSA	<i>Competition Commission of South Africa</i>
CMA	<i>Competition and Markets Authority</i>
DGComp	<i>Directorate-General for Competition</i>
DOJ	<i>United States Department of Justice</i>
EUMR	<i>European Union Merger Regulation</i>
FAS	<i>Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
FCA	<i>Federal Competition Authority</i>
FCO	<i>Federal Cartel Office</i>
M&A	<i>Mergers and acquisitions</i>
NCA	<i>National Competition Authority</i>
SIEC	<i>Significant Impediment of Effective Competition</i>
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O CONTROLE DE ESTRUTURA NO DIREITO BRASILEIRO	14
2.1 A DEFINIÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELA LEI 12.529/11	15
2.2 OS CRITÉRIOS PARA A NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO.....	23
3 OS CRITÉRIOS PARA A NOTIFICAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO.....	40
3.1.1 A NOTIFICAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO	40
3.1.2 A NOTIFICAÇÃO NO DIREITO COMUNITÁRIO DA UNIÃO EUROPEIA	53
3.1.3 A NOTIFICAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO E NO DIREITO AUSTRIACO	73
4 A ECONOMIA DIGITAL E A SUA RELAÇÃO COM O ANTITRUSTE.....	86
4.1 COMPETITION POLICY NA ERA DIGITAL E NA DATA-DRIVEN ECONOMY.....	89
4.1.1 ECONOMIA “CLÁSSICA” E COMPETIÇÃO	90
4.1.2 DEFINIÇÃO DE ECONOMIA DIGITAL.....	91
4.1.3 CARACTERÍSTICAS DA ECONOMIA DIGITAL	92
4.1.3.1 RETORNOS DE ESCALA/ECONOMIAS DE ESCALA E AS PLATAFORMAS DIGITAIS.....	93
4.1.3.2 EXTERNALIDADES DE REDE.....	100
4.1.3.3 ECONOMIAS DE ESCOPO.....	107
4.1.3.4 DADOS	111
4.1.3.5 BIG DATA – DEFINIÇÃO A PARTIR DOS SEUS 4 V’S (VOLUME, VELOCIDADE, VARIEDADE E VALORS)	113
4.1.3.6 AS CONSEQUÊNCIAS DO USO DOS DADOS E DO BIG DATA	118
4.1.4 A ECONOMIA DIGITAL E O ANTITRUSTE	124
4.1.5 A INTERSECÇÃO ENTRE O PROBLEMA DA PRIVACIDADE DOS DADOS E O ANTITRUSTE	133
4.1.6 QUESTÕES FINAIS	134
5 UMA SUPOSTA EVOLUÇÃO DO CRITÉRIO DE NOTIFICAÇÃO: O VALOR DA OPERAÇÃO	137
5.1 HÁ, DE FATO, UMA LACUNA NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO E UMA SUPOSTA INEFICIÊNCIA DO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO?	140
5.1.1 LACUNA NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO NORTE-AMERICANO	140

5.1.2 LACUNA NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO COMUNITÁRIO.....	142
5.1.3 LACUNA NAS DEMAIS JURISDIÇÕES EUROPEIAS	147
5.2 SOLUÇÕES E CRITÉRIOS SUBSIDIÁRIOS AO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO	154
5.2.1 ALTERAÇÃO NO VALOR CORTE DO VALOR DE FATURAMENTO	155
5.2.2 ANÁLISE DE CRITÉRIOS SUBSIDIÁRIOS AO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO	156
5.2.3 ANÁLISE DO CRITÉRIO DO VALOR DA OPERAÇÃO.....	161
5.3 UMA PROPOSTA DE INCLUSÃO DO CRITÉRIO DE VALOR DE OPERAÇÃO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO BRASILEIRO	172
6 CONCLUSÃO.....	182
REFERÊNCIAS	186

1 INTRODUÇÃO

Está ocorrendo uma “onda de fusões e aquisições de conglomerados na economia digital”¹. Conforme o relatório da União Europeia, intitulado “*Competition Policy for the digital era*”, “as maiores empresas digitais se envolveram intensamente em fusões e aquisições na última década”². Por exemplo, “nos últimos dez anos, os cinco maiores gigantes da tecnologia – Alphabet, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft – fizeram mais de 430 aquisições”³.

O Direito Concorrencial, a fim de combater atos concentracionistas maléficos à concorrência e aos consumidores de determinado mercado, utiliza do seu controle de concentração para rejeitar tais atos nocivos, ou, se não rejeitar tal operação, ao menos, realizar um acordo para a estipulação de remédios concorrenciais com as empresas envolvidas na concentração. Com a finalidade de não ter que revisar todos os atos de concentração que ocorre dentro de uma jurisdição (conforme veremos mais a diante, no Brasil, por exemplo, qualquer ato de incorporação, fusão ou elaboração de um contrato associativo é considerado um ato de concentração) o controle de concentração estabelece critérios para a notificação do ato de concentração. No Brasil, e também em demais jurisdições (com exceção dos Estados Unidos), temos como o principal critério para a notificação obrigatória de um ato de concentração o critério de valor de faturamento. Dessa forma, segundo o controle de concentração brasileiro, uma concentração deverá ser notificada ao CADE se as empresas envolvidas em tal concentração apresentarem, no ano anterior ao ano da concentração, um faturamento bruto anual maior do que R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões – conforme os incisos I e II do artigo 88 da Lei. 12529/11 (valores atualizados pela Portaria Interministerial 994 de 2012).

1 “[...] *wave of conglomerate mergers and acquisitions in the digital economy*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. ***Digital Conglomerates and EU Competition Policy***. Paris: CERRE, 2019. p. 4. (tradução nossa).

2 “*The largest digital firms have intensively engaged in mergers and acquisitions over the last decade [...]*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. ***Competition policy for the digital era***. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 110. (tradução nossa).

3 “*Over the last ten years, the Big Five tech giants – Alphabet, Amazon, Apple, Facebook and Microsoft – have made more than 430 acquisitions*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. ***Digital Conglomerates and EU Competition Policy***. Paris: CERRE, 2019. p. 21. No mesmo sentido: “In the last decade, Amazon, Apple, Facebook, Google, and Microsoft combined have made over 400 acquisitions globally”. FURMAN, Jason. ***Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel***. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 91. “*According to data compiled by Bloomberg, there have been approximately 431 acquisitions by Facebook, Amazon, Google (Alphabet), Apple and Microsoft alone in the last decade*”. SAUERMANN, Martin. ***The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control***. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 6. (tradução nossa).

Até pouco tempo atrás, esse critério era capaz de selecionar os principais casos de concentração que apresentassem riscos concorrenciais ao mercado. Todavia, em razão de algumas consequências provocadas pela Economia Digital, as empresas digitais não realizam altos valores de faturamento. Conseqüentemente, se essas empresas se envolverem em concentrações, não haverá a necessidade de notificação de tais concentrações, uma vez que elas não atingem os valores de corte do critério de valor de faturamento do Direito Concorrencial. Em decorrência do baixo faturamento das empresas digitais, o CADE não analisou nenhuma das importantes concentrações digitais dos últimos anos (Facebook/WhatsApp, Facebook/Instagram, Google/Waze, Google/Shazam, entre outras). Ou seja, o critério de valor de faturamento se caracteriza por sua ineficiência na captura de concentrações digitais.

Com o propósito de resolver este problema, a Alemanha e a Áustria, no ano de 2017, incluíram em seus controles de concentração um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento: o critério de valor de operação. Segundo este critério, todas as concentrações que não preenchem os requisitos do critério de valor de faturamento, contudo, apresentem como valor final da operação um valor maior do que € 400 milhões para a Alemanha e € 200 milhões para a Áustria, são obrigadas a submeterem a notificação de seus atos de concentração para as autoridades concorrenciais alemã e austríaca. Desse modo, a partir da estipulação do critério do valor de operação, essas duas jurisdições, conforme os resultados para o ano de 2017 e 2018, estão sendo capazes de capturar as concentrações digitais, obrigando a notificação de seus atos de concentração e, por conseguinte, podendo avaliar se aquelas concentrações podem causar algum dano ao mercado e consumidores alemães e austríacos.

Portanto, o objetivo dessa monografia é analisar a eficiência do critério de valor de faturamento no controle de concentração brasileiro, uma vez que é o critério principal utilizado em nossa jurisdição, e, se comprovada a sua ineficiência, propor a alteração ou a implementação de um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento – como o critério de valor de operação do Direito alemão e austríaco. A fim de alcançar esse objetivo, além desse capítulo introdutório, o trabalho está dividido em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, analisaremos por completo o controle de concentração do Direito Concorrencial brasileiro. O controle de concentração está disposto nos artigos 88 a 91 da Lei 12.529/11. Iniciaremos a análise pelo artigo 90, visto que é este artigo que define ato de concentração no Direito brasileiro. Após o estudo da definição de ato de concentração, examinaremos o artigo 88, o qual estabelece os critérios de notificação obrigatória dos atos de

concentração no Brasil. Portanto, se um ato jurídico for definido como um ato de concentração, conforme o artigo 90, e se este ato de concentração preencher os requisitos do artigo 88 torna-se obrigatória a sua notificação ao CADE, o qual irá examinar o ato e, no final da sua avaliação, tomará sua decisão sobre a aprovação, aprovação com condições ou rejeição do ato de concentração. No final do capítulo, espera-se que o leitor tenha um bom entendimento do procedimento do controle de concentração brasileiro.

O segundo capítulo irá examinar os controles de concentração de outras jurisdições, mais especificamente a norte-americana, comunitária, alemã e austríaca. O objetivo deste capítulo é compreender as regras dos critérios de notificação do controle de concentração dessas jurisdições, a fim de comparar com o controle de concentração brasileiro e o nosso critério de valor de faturamento. Dessa forma, não pretendemos realizar uma análise por completo dos controles de concentração dessas jurisdições nos mesmos moldes do capítulo anterior, visto que o enfoque do capítulo são os critérios de notificação. Contudo, ao final do capítulo, espera-se que seja possível ter uma mínima compreensão geral dos controles de concentração desses países e, mais especificamente, os seus critérios de notificação de um ato de concentração.

Já o terceiro capítulo tem como objetivo apresentar os principais aspectos da Economia Digital aos leitores. Desse modo, o capítulo apresenta uma abordagem mais econômica, visto que se apresentarão as características da era digital (elevadas economias de escala, economias de escopo, externalidade de rede e uso massivo de dados). Enfocaremos na utilização dos dados (e do Big Data) e nas consequências que esse uso gera nas empresas – digitais e não digitais. Por último, realizaremos um estudo sobre as principais mudanças que a Economia Digital traz ao antitruste, seja no seu controle de conduta, seja no seu controle de concentração.

O quarto capítulo discute sobre a existência, ou não, de uma lacuna nos controles de concentração, em relação às concentrações digitais, e se esse suposto problema é preocupante para o Direito Concorrencial. Ademais, demonstraremos diversas opiniões, contrárias e favoráveis, das diferentes jurisdições analisadas. Num segundo momento, debateremos sobre a eficiência dos diversos critérios subsidiários ao critério de valor de faturamento, critérios esses que apresentam como objetivo a captura das concentrações digitais que não são pegas pelo critério principal. Por último, apresentaremos uma proposta de inclusão do critério de valor de operação no controle de concentração brasileiro, uma vez que, ao menos no Brasil, é impossível argumentar pela não existência da lacuna das concentrações digitais. O último capítulo conclui esse trabalho.

A partir dessa explanação introdutória, torna-se claro que um dos objetivos secundários deste trabalho é a contribuição na produção científica do estudo do Direito Concorrencial no Brasil – estudo esse pouco aclamado nas Faculdades de Direito brasileiras. Acreditamos que, num futuro não muito distante, o debate sobre a necessidade de alteração do critério de notificação obrigatória brasileiro e da implementação de um critério subsidiário se intensificará, assim como está acontecendo na UE e nos EUA. Esperamos que, chegado esse momento, o presente trabalho seja um apoio para a tomada da melhor decisão possível.

2 O CONTROLE DE ESTRUTURA NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, analisaremos as definições de concentrações/atos de concentrações e, mais pormenorizadamente, os critérios para a notificação obrigatória desses atos de concentração no Direito Concorrencial brasileiro. Ou seja, estudaremos o controle de estrutura (ou controle de concentração) do Direito Concorrencial – em contrapartida do controle de conduta.

[...] o Direito da Concorrência tem como objeto o controle do poder econômico, o que pode ocorrer tanto por meio de uma atuação estatal prioritariamente preventiva, tendo como foco as estruturas, como por meio de uma ação estatal prioritariamente repressiva, com foco nas condutas. Todavia, as duas opções apresentam muitas zonas de interpenetração e complementariedade, [...], é desejável que o controle de estruturas seja seletivo e tenha como objeto situações associadas a grandes preocupações concorrenciais [...] ⁴.

Dessa forma, conforme veremos, o controle de estrutura apresenta algumas características ímpares na sua atuação: a concentração em si, a notificação, a seletividade, o exame prévio⁵, a proibição do crescimento artificial⁶, etc. Com o intuito de melhor explorar e diversificar o estudo dessas características do controle de estrutura, analisaremos esta parte do Direito Concorrencial de quatro distintas jurisdições: brasileira, norte-americana, europeia, alemã e austríaca (o estudo dessas jurisdições será feita no capítulo 3). Visto que todas essas jurisdições apresentam o controle de concentração dentro do escopo do seu Direito Concorrencial, o objetivo principal desses dois capítulos é apresentar os critérios de notificação a fim de comparar as diferenças de critérios, e demais procedimentos, entre as jurisdições. Além do Direito Concorrencial brasileiro, escolhemos as jurisdições norte-americana e comunitária, devido à importância que essas jurisdições apresentam, servindo como base de Direito Concorrencial para os outros países, e as jurisdições alemã e austríaca que, em 2017, inovou ao complementar os seus critérios de notificação, adicionando uma regra de valor operação para a notificação obrigatória dos atos de concentração alemães e austríacos. Ao final dos capítulos, visa-se ter um conhecimento geral sobre os critérios de notificação dessas jurisdições com o propósito de discutir os problemas atuais e possíveis

⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 113.

⁵ “[...] o controle de estruturas apresenta propósito nitidamente preventivo e complementar ao controle de condutas, já que a sua finalidade não é a de impor nenhuma sanção, mas somente a de verificar se o ato de concentração submetido ao seu exame deve ser aprovado, rejeitado ou ainda aprovado com restrições”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109.

⁶ “[...] o foco do controle de estruturas são as formas de crescimento externo ou ‘artificial’ do poder empresarial, que alteram as estruturas do mercado, na medida em que envolvem a união de esforços ou recursos de pelo menos dois agentes econômicos distintos que, de alguma maneira, tornar-se-ão uma unidade para efeitos econômicos”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 115.

evoluções do controle de concentração no capítulo 5, a partir das bases normativas presente nestes dois capítulos iniciais. Dessa forma, a fim de podermos realizar as devidas comparações, começamos pela análise do controle de concentração do Direito Concorrencial brasileiro.

2.1 A DEFINIÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELA LEI 12.529/11

Como visto anteriormente, é a lei 12.529/11 que, conforme o artigo 1º, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, assim, torna-se a principal fonte legislativa do Direito Concorrencial brasileiro. Dividida em nove títulos⁷, é apenas no Título VII (Do Controle de Concentrações) que a lei trata sobre o controle de estrutura dentro do nosso ordenamento jurídico. Apesar deste título ser dividido em dois capítulos (Capítulo I – Dos Atos de Concentração e Capítulo II - Do Acordo em Controle de Concentrações), o capítulo II apresenta apenas um único artigo (artigo 92)⁸, o qual foi vetado, ou seja, o Capítulo II do Título VII não apresenta nenhum sentido lógico-normativo para continuar a existir. Dessa forma, resta-nos somente analisar o Capítulo I do Título VII da Lei 12.529/11, o qual compreende os artigos 88, 89, 90 e 91.

Todavia, antes de apresentarmos o artigo 90 e a sua definição jurídica de ato de concentração, devemos retomar a ideia central de concentração de empresas. Primeiramente,

⁷ A saber: Título I – Disposições Gerais; Título II – Do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; Título III – Do Ministério Público Federal Perante o CADE; Título IV – Do Patrimônio, das Receitas e da Gestão Administrativa, Orçamentária e Financeira; Título V – Das Infrações da Ordem Econômica; Título VI – Das Diversas Espécies de Processo Administrativo; Título VII – Do Controle de Concentrações; Título VIII – Da Execução Judicial das Decisões do CADE; e Título IX – Disposições Finais e Transitórias.

⁸ O artigo 92 da Lei 12.529/11 trataria sobre possíveis acordos nos atos de controle de concentrações e apresentaria a seguinte redação: “Art. 92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art. 88 desta Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação. § 1º Uma vez negociado o acordo, minuta de seu inteiro teor deverá ser disponibilizada para consulta pública por prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as respectivas manifestações merecer apreciação motivada.

§ 2º Constarão dos acordos de que trata o caput deste artigo as cláusulas necessárias à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo ser estabelecidos prazos pré-definidos para o seu cumprimento, que será fiscalizado pela Superintendência-Geral.

§ 3º O descumprimento do acordo referido neste artigo implicará a revisão da respectiva aprovação pelo Cade e a abertura de processo administrativo para a adoção das demais medidas cabíveis.

§ 4º O Conselheiro-Relator do processo, escolhido na forma do inciso III do art. 10, participará do processo de negociação do acordo.

§ 5º O acordo negociado pela Superintendência-Geral deverá ser submetido à aprovação do Tribunal, que deliberará no prazo de 30 (trinta) dias úteis”.

A então Presidente da República à época, Dilma Rousseff, apresentou a seguinte razões dos vetos ao artigo 92, conforme a mensagem nº 536, de 30 de novembro de 2011: “Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica.”

“[...] o termo concentração vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado”⁹. Ou seja, concentração é particularizada por uma aglutinação, unificação de poder. Em relação à concentração empresarial, conforme ressaltam os professores Caio Mario e Paulo Casagrande:

“As operações empresariais de concentração econômica são aquelas que criam vínculos estruturais de natureza estável (i.e., permanente ou duradoura) entre empresas independentes, i.e., com centros decisórios distintos para definição de estratégias empresariais. Tradicionalmente, operações societárias de fusão, aquisição de controle (total ou parcial) e incorporação são consideradas atos de concentração econômica, na medida em que colocam sob uma única administração os ativos de empresas que antes eram geridas separadamente. Todavia, há outras formas de integração empresarial que podem ser consideradas relevantes para fins de análise concorrencial”¹⁰.

Outro importante aspecto das concentrações empresariais é que elas apresentam um caráter dubio para a sociedade. Isto é, toda concentração apresenta, ao mesmo tempo, um caráter social positivo e um caráter social negativo – como veremos, a Lei 12.529/11 disciplina este paradoxo nos § 5º e § 6º do art. 88. Em relação ao componente negativo da concentração:

[...] muitas vezes, a concentração tende a diminuir o grau de competição no mercado, por atribuir poder econômico à empresa. Com isso, reduz-se o estímulo ao corte de preços, à inovação, ao incremento de qualidade etc. [...] De outra parte, é igualmente correto pressupor, em certas hipóteses, ser a concentração capaz de trazer inovação e desenvolvimento¹¹.

Já em relação ao componente positivo da concentração:

[...] a centralização do capital na mão de poucos agentes econômicos faz com que se possa atingir resultados que, em princípio, não seriam viabilizados (ou seriam muito mais lentos) caso o mesmo capital permanecesse pulverizado. O processo de concentração econômica é capaz de levar a maior grau de eficiência, propiciando inovação, desenvolvimento tecnológico e benefícios para os consumidores¹².

Portanto, o controle de estrutura lida, a todo o momento, com essa contradição social presente em todas as concentrações. É inevitável que as autoridades antitrustes, ao analisar um

⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 400.

¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 52-53. No mesmo sentido: “Concentração de empresas é todo ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial”. CARVALHO, Nunos T. P. as concentrações de empresas no direito antitruste, p. 91-92 *apud* FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 401.

¹¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 398-399. No mesmo sentido: “Percebemos o paradoxo que se coloca: ao mesmo tempo em que a concentração de capitais é vista como útil ou até mesmo indispensável ao progresso e à eficiência do sistema produtivo, é também fator de instabilidade desse próprio sistema”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 411-412.

¹² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 407.

caso de ato de concentração, realizem um juízo de ponderação entre o aspecto negativo da concentração (a diminuição da concorrência e o aumento do poder de mercado da concentração) e o aspecto positivo da concentração (a centralização do capital e o aumento de eficiência gerado pela concentração).

Em vista disso, a professora Paula Forgioni afirma que “são diversos os fatores que podem compelir o agente econômico à concentração”¹³, elencando, no mínimo, seis justificativas para realizar uma operação de concentração:

(i) a operação de concentração pode tender ao arrefecimento da concorrência entre os agentes econômicos. [...] A operação de concentração coloca-se como uma das formas de atingir ou reforçar a confortável posição monopolística. Esse tipo de concentração, não obstante a complacência das autoridades antitruste, tem alto potencial anticompetitivo. Em algumas situações, a empresa adquirente pretende, simplesmente, “sucatear” a adquirida, tomando sua *market share* e tirando-a do mercado ou eliminando sua marca, consolidada aos olhos dos consumidores [...]; (ii) a operação de concentração pode viabilizar economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, como sistemas de distribuição, sendo essa uma das principais justificativas apresentadas pelas empresas para as autoridades antitrustes [...]; (iii) a empresa adquirente pode visar não o controle do outro agente econômico, mas pessoal especializado, patentes, direitos de propriedade intelectual e outros privilégios. Não se compra a atividade, mas os ativos [...]; (iv) a concentração pode viabilizar a entrada do agente comprador em um novo mercado [...]; (v) embora possa parecer uma contradição, muitas vezes a venda da empresa é o meio mais eficiente ou mais seguro de preservar a continuação de suas atividades. O empresário que está encerrando sua vida profissional pode preferir deixar a seus herdeiros outros bens que não a unidade produtiva [...]; (vi) há, também, outros fatores a serem ponderados: mediante a operação de concentração, ganhos ou economias tributárias acabam viabilizadas. [...] De outra parte, a aparência de crescimento pode consistir estratégia empresarial ou a diversificação pode ser visada para diminuir os riscos da atividade, ampliando o leque de mercados em que atua o agente econômico¹⁴.

Após esta análise inicial sobre a ideia de concentração de empresas, partiremos para o estudo do controle de estrutura do Direito Concorrencial brasileiro. A fim de apresentar os artigos de uma forma mais didática, cremos ser mais lógico apresentar, primeiramente, as definições de atos de concentração dispostas na Lei 12.529/11 (artigo 90) e, após analisada as definições, examinar os critérios que determinam um dever dos participantes desses atos de concentração de apresentá-los para o julgamento do CADE, isto é, os casos de notificação obrigatória dos atos de concentração do artigo 88.

O artigo 90 dispõe que:

¹³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 404. Ver também a nota de rodapé nº 20. “A operação de concentração raramente terá apenas um objeto ou efeito determinante, sendo, ao invés, comum a conjugação de muitos dos fatores”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 405.

¹⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 405-407.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture .

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput , quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

O artigo supracitado regulamenta, em seus quatro incisos, o que é entendido como um ato de concentração no Direito Concorrencial brasileiro. De modo geral, um ato de concentração necessita envolver, ao menos, duas partes – sejam um comprador e um vendedor, sejam duas pessoas jurídicas as quais pretendem se fundir ou realizar um contrato de joint venture, por exemplo. Isto é, diferentemente dos atos de condutas unilaterais que detém apenas uma empresa praticando um ilícito concorrencial, os casos de ato de concentração, por imposição de sua própria natureza, necessitam ter dois participantes, uma vez que, conforme a professora Paula Forgioni, “a ideia central [da concentração econômica] é a simples e expressa o aumento de riquezas em poucas mãos, relacionando-se com o aumento de poder econômico de um ou mais agentes de mercado”¹⁵.

“Normalmente, nas operações de concentração, (a) existem, em um primeiro momento, pelo menos dois agentes econômicos dotados de autonomia decisória; (b) posteriormente, tais centros decisórios sejam unificados em um centro unitário constituído por um partícipe ou por um novo ente; (c) tenha ocorrido modificação na estrutura proprietária ou de gestão de um dos partícipes”¹⁶.

O artigo 90 nos remete, obrigatoriamente, à seção II do Capítulo XVIII da Lei 6.404/76, seção que trata sobre incorporação, fusão e cisão de empresas no nosso ordenamento jurídico. O inciso I do art. 90 trata sobre operações de fusão que, conforme o art. 228 da Lei 6.404/76, é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Como exemplo, podemos citar o caso Ato de Concentração nº 08012.009497/2010-84 do CADE, o qual

¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 399. A professora também ressalta que “também os acordos entre empresas podem ser entendidos como práticas concentracionistas, pois, a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, ainda que mantenham sua autonomia, passarão a deter uma vantagem sobre os demais e que, após a operação, transforma-se em maior poder econômico de ambas”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p.400.

¹⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 401.

ocorreu a aprovação, em dezembro de 2012, da fusão da empresa chilena LAN com a empresa brasileira TAM, criando a maior companhia aérea da América Latina, LATAM. Nesses casos de fusão, as duas, ou mais, empresas antigas desaparecem, criando-se uma nova empresa.

No inciso III do artigo 90, temos o caso de operações de incorporação. Conforme o artigo 227 da Lei 6.404/76, “a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. Como exemplos, podemos citar o caso Ato de Concentração nº 008700.004155/2012-81 do CADE, o qual houve a aprovação da incorporação da antiga companhia aérea Trip pela Azul, assim como o caso Ato de Concentração nº 08012.008378/2011-95 do CADE que também teve a aprovação do plenário do CADE para a incorporação da antiga empresa aérea Webjet pela GOL. Nesses casos de incorporação, uma empresa adquire outra, dessa forma apenas uma empresa desaparece – a empresa que foi comprada-, enquanto que a empresa que a adquiriu a sucede por seus direitos e obrigações.

Esses dois incisos (I e III) são os incisos que apresentam uma definição clara e sem grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, visto que tratam sobre duas operações clássicas: operações de fusões e incorporações. O inciso II já apresenta uma definição mais ampla sobre ato de concentração, uma vez que ele coloca uma série de fatores cumulativos e alternativos para que a operação seja enquadrada como ato de concentração. Via de regra, a professora Ana Frazão identifica duas grandes hipóteses: (i) as aquisições de controle, por qualquer que seja a forma e (ii) as aquisições de ativos¹⁷. Já a professora Paula Forgioni elenca quatro hipóteses gerais de tipos de aquisições que se enquadraria como ato de concentração, a aquisição de¹⁸: (i) controle direto ou indireto de empresa, (ii) participações minoritárias; (iii) direitos de propriedade industrial, tais como patentes, *know-how*, desenhos industriais, marcas etc. e (iv) ativos físicos, como maquinários. Para estes casos, os professores Caio Mário Neto e Paulo Casagrande ressaltam que:

Em primeiro lugar, há dúvida sobre o que deva ser considerado aquisição de ‘partes de uma empresa’ (inciso II), notadamente em operações que envolvam a aquisição de participações minoritárias e/ou a transferência de ativos entre concorrentes, dois tipos de negócio jurídico muito comuns da vida empresarial¹⁹

Como também bem mencionado por estes professores, “em relação a aquisições de participações minoritárias, o CADE regulamento a questão na Resolução n. 2/2012, definindo

¹⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121

¹⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 402.

¹⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53.

as hipóteses de submissão de aquisições dessa natureza”²⁰. Logo, por sua falta de clareza, o inciso II traz algumas dubiedades sobre casos mais complexos, ocasionando debates doutrinários e jurisprudenciais e a criação de resoluções para melhor normatizar e estabelecer quais são as operações que se enquadram como ato de concentração perante o inciso II.

Por último, temos o inciso IV que, diversamente dos outros incisos, não trata sobre uma operação a qual envolva uma modificação/transformação nas sociedades, mas sim uma relação contratual entre sociedades. “No que diz respeito aos contratos associativos, não há maiores dúvidas de que podem ser considerados atos de concentração. A questão é saber que contratos se enquadram nessa categoria”²¹. Dessa forma, a professora Paula Forgioni entende que este inciso apresenta duas facetas distintas: (i) a constituição de consórcios e a (ii) celebração de “contratos associativos” ou de “joint ventures”. O consórcio está regulado nos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/76, o qual merece ser destacado que:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. **§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (grifo nosso).**

Por conseguinte, consubstanciado pelo §1º do art. 278, o consórcio não detém personalidade jurídica e, conforme o art. 279, o consórcio será constituído mediante contrato, ou seja, trata-se de uma relação contratual entre duas sociedades, mas que, apesar de não concentrarem as empresas originais e não ocorrer uma modificação nas sociedades contratantes, é entendido pelo Direito Concorrencial brasileiro como um ato de concentração. A professora Paula Forgioni faz a prévia distinção, pois, enquanto o consórcio está expressamente regulado no Direito brasileiro, os contratos associativos e os contratos de “joint ventures” não estão. Dessa forma:

Embora inexista definição legal ou consenso doutrinário sobre o sentido das expressões ‘contratos associativos’ ou ‘joint ventures’, referem-se a negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do art. 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro. Não perdem a autonomia dos centros decisórios, mas tem sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para consecução de escopo comum. As áleas não são

²⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 53. Importante ressaltar que a Resolução nº 09/2014 do CADE alterou alguns dispositivos da Resolução 2/12, contudo esta continua sendo a disciplinadora dos atos de concentração tratados no artigo 88 da Lei 12.529/11, prevendo o procedimento sumário de análise e dando outras providências.

²¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

comuns, mas interdependentes. Essas contratações são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste²².

Mediante outra perspectiva, a professora Ana Frazão entende que a expressão contrato associativo deva ser interpretada num sentido amplo, dessa maneira, uma das hipóteses de ato de concentração são os contratos associativos *lato sensu*, de que são espécies os consórcios e as joint ventures²³. A fim de identificar esses contratos associativos, ela destaca que, de forma geral, eles apresentariam dois identificadores e que, com o propósito de esclarecer ainda mais essa questão, o CADE lançou duas Resoluções sobre esta matéria:

Um primeiro critério identificador de uma nova estrutura seria a existência de um contrato de escopo comum, que se diferencia dos contratos sinalagmáticos ou de troca exatamente porque as prestações das partes não são contrapostas, mas sim voltadas à consecução de um mesmo fim, circunstância que se potencializa se houver exclusividades. Um segundo critério identificador seria a existência de uma estrutura econômica autônoma, que possa ser considerada um equivalente funcional das formas tradicionais de concentração, em raciocínio semelhante ao que a União Europeia adota para os casos relacionados às *de facto mergers*, ou seja, toda transação que leva aos mesmos resultados de uma concentração econômica. Como todos esses critérios, embora idôneos, continuam sendo ainda muito indefinidos, o CADE aprovou, em outubro de 2014, a Resolução n. 10 sobre o tema e, dois anos depois, modificou o tratamento da matéria por meio da Resolução n. 17, de outubro de 2016²⁴²⁵.

²² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 402-403. No mesmo sentido: “À exceção do instituto do consórcio – regido pela Lei das S.A. –, tais figuras não são conceitos claramente desenvolvidos nos ramos do direito privado, ao contrário das hipóteses clássicas de concentração empresarial (como fusão, incorporação, transferência de controle societário ou de estabelecimento). Nesse ponto, a maior zona cinzenta parece envolver o conceito de contratos associativos, que não encontra paralelo em outras áreas do direito. O CADE vem conhecendo de diversas operações que se encaixariam nesse conceito indeterminado da Lei nº 12.529/11, incluindo mas não se limitando a: (i) contratos de licenciamento de tecnologia; (ii) contratos de fornecimento entre concorrentes; (iii) contratos de implantação e compartilhamento de infraestrutura; (iv) contratos de distribuição de produtos; (v) acordos de cooperação para promoção de nova atividade econômica; (vi) acordos de *code share* entre companhias aéreas, dentre outros”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p.55.

²³ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 121.

²⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 123. Relevante apontar que a professora Ana Frazão destaca um capítulo da sua obra, *Direito da Concorrência – pressupostos e perspectivas*, à discussão sobre os grupos contratuais estabelecidos pelo inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/11.

²⁵ Em relação à Resolução do CADE: “[...] o Tribunal Administrativo do CADE, aprovou, em 29 de outubro de 2014, sua Resolução nº 10, com parâmetros para a caracterização de acordos horizontais e verticais como ‘contratos associativos’ definidos com base nos seguintes critérios: (i) acordos horizontais com duração superior a dois anos em que as partes possuam participação de mercado conjunta superior a 20%; ou (ii) acordos verticais com duração superior a dois anos em que uma das partes tenham participação de mercado superior a 30% e: (a) haja previsão de compartilhamento de resultados entre as partes; ou (b) do acordo decorra relação de exclusividade”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 56. “[...] a Resolução nº 10/2014 tende a exigir a submissão de um conjunto grande de contratos sem impacto concorrencial relevante em mercados oligopolizados em que empresas necessitam se relacionar com seus concorrentes”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 57.

Os professores Caio Mário Neto e Paulo Casagrande advogam pela ideia de que todos esses contratos apresentariam a característica de desenvolver uma atividade econômica autônoma associada com uma projeção temporal. Ao identificarmos esses fatores numa relação contratual, estaríamos lidando com ato de concentração de acordo com o inciso IV.

“[...] o fator primordial a ser considerado para a caracterização de um ‘consórcio ou joint venture’ como um ato de concentração deveria ser o desenvolvimento de atividade econômica autônoma como objeto desses instrumentos, com correlatos elementos de institucionalização para conferir à atividade algum grau de estabilidade ao longo do tempo”²⁶.

Antes de concluir a análise do artigo 90, ressaltamos a mudança legislativa, comparada com a lei anterior, trazida no parágrafo único ao dar imunidade antitruste dos atos de concentração de contratos associativos *lato sensu* que tiverem como objetivo às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta.

“[...] ainda merece destaque a determinação do parágrafo único do art. 90 da nova LDC, o qual inova ao definir que os contratos associativos, consórcios e joint ventures destinados à participação em licitações e leilões promovidos pela administração pública não serão considerados atos de concentração, e, portanto, não deverão ser submetidos ao CADE. A jurisprudência do CADE, sob a vigência da Lei nº 8.884/94, estabelecia a obrigatoriedade de notificação ao CADE de consórcios formados visando a outorga de concessão ou permissão de serviço público, tais como prestação de serviços de distribuição de gás canalizando, geração de energia elétrica, ou gestão de rodovias – *vide* a Súmula 3 do CADE, assim redigida: ‘Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54, § 4º, da Lei nº 8.884/94, é a data da celebração do contrato de concessão’²⁷.

Portanto, a partir dos quatro incisos presentes no artigo 90 da Lei 12.529/11, temos as definições das hipóteses de ato de concentração no Direito Concorrencial brasileiro: as operações clássicas do Direito Societário (fusão e incorporação), uma segunda hipótese mais ampla sobre aquisição de poder de controle ou aquisição de ativos de empresas concorrentes e uma terceira hipótese em relação aos contratos associativos e de joint ventures. Ressalta-se que todas essas hipóteses de atos de concentração impactam, de certo modo, em mudanças nos *players* deste mercado, uma vez que “o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controle das

²⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 58. No mesmo sentido: “Em todas essas situações (os diversos contratos do inciso IV), as empresas contratantes, embora mantenham sua autonomia jurídica e não constituam propriamente um grupo societário, podem unir-se para o exercício de uma empresa comum, formando, portanto, uma nova estrutura empresarial, ainda que por meio de vínculos exclusivamente contratuais” FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 116.

²⁷ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 58.

empresas em causa, e, por conseguinte, na estrutura do mercado”²⁸. E, de fato, as hipóteses previstas no artigo 90 se caracterizam por apresentar uma mudança no controle das empresas envolvidas nos atos de concentração e uma mudança no mercado relacionado a esses atos. Contudo, apesar do estudo dessas definições, ainda há alguns negócios jurídicos controversos perante esta ótica de atos de concentração.

“Por mais que a Lei nº 12.529/11 tenha procurado definir, de forma mais consistente, o ato de concentração, é inequívoco que subsistem ainda inúmeras controvérsias nas hipóteses de aquisição de controle não majoritário ou influência relevante, bem como nas hipóteses de concentrações exclusivamente contratuais”²⁹.

Após esta análise pormenorizada do artigo 90 da Lei 12.529/11, partiremos para os critérios que obrigam os participantes desses atos de concentração a notificar a sua operação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

2.2 OS CRITÉRIOS PARA A NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Por óbvio, não são todos os atos de concentração que a autoridade concorrencial brasileira deverá gastar recursos financeiros e temporais a fim de analisá-los. Imaginando uma hipótese de ato de concentração onde um pequeno mercadinho de bairro adquire outro mercadinho concorrente, no interior de uma cidade do estado do Rio Grande do Sul, não haveria nenhum argumento plausível para justificar que esta incorporação, a qual se enquadraria dentro da hipótese elencada no inciso III do artigo 90, fosse analisada por um órgão localizado em Brasília, com o intuito de decidir se esta operação seria válida ou não. Ademais, sabendo que o CADE não apresenta um orçamento infinito e nem um amplo corpo técnico, toda a análise de um caso significa, de certo modo, a renúncia de outro caso³⁰. Desse modo, faz-se necessário estabelecer algumas regras delimitando quais são os atos de concentração que deverão ser analisado por um órgão concorrencial, visto que seria ineficiente, e até certo ponto impossível, analisar todos os casos de ato de concentração de um

²⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 401.

²⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 122.

³⁰ Este conceito, na Microeconomia, é denominado de custo de oportunidade. “Opportunity cost is the cost associated with opportunities that are forgone by not putting the firm’s resources to their best alternative use”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p.222. Isto é, toda vez que o CADE, ou qualquer outro órgão judicante brasileiro, despende tempo e recursos analisando um caso menos importante, ele está incorrendo em custo de oportunidade, uma vez que o órgão poderia estar analisando outro caso de maior relevância – incorrer em custo de oportunidade é uma forma de ineficiência, dado que ocasiona em resultados subótimos de análise de bem-estar.

país. A este conjunto de regras denomina-se, pelo Direito Concorrencial, de critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração.

Partindo da premissa que não são todos os atos de concentração que serão analisados pelo CADE, a Lei 12.529/11, no seu artigo 88, estabelece os critérios os quais os atos de concentração, para serem válidos, deverão ser notificados e, se não houver nenhum problema no âmbito concorrencial, aprovados. Relevante frisar que os critérios de notificação dos atos de concentração (art.88) são estipulados antes mesmo da definição dos atos de concentração (art.90), ou seja, a lei, enfatizando a ideia da exceção da análise e investigação do controle de estrutura, já estipula que somente alguns casos que deverão ser notificados. Apesar de aparentar um erro lógico de estrutura da norma, uma vez que, antes de saber a definição sobre o que é um ato de concentração, já se impõe os critérios de notificação desses atos de concentração que, até o momento do artigo 88, ainda não se sabe quais são essas operações, a lei, a partir desta estrutura, realça a ideia da exceção do controle de concentrações no Direito Concorrencial brasileiro.

O artigo 88, primeiro artigo do título VII – Do Controle de Concentrações, dispõe que:

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) (grifo nosso).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 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.

§ 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.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 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.

§ 8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§ 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.

A partir da leitura do *caput* do artigo, identificamos que, a fim de que o ato de concentração seja submetido ao CADE, ele necessita preencher os requisitos dos incisos I e II. Estes requisitos são os valores do faturamento bruto anual dos dois grupos econômicos envolvidos no ato de concentração. Normalmente, utiliza-se o inciso I para o grupo comprador e o inciso II para o grupo vendedor, todavia não se utiliza estas expressões de operações de compra e venda, visto que temos as hipóteses de fusão e de relações contratuais de atos de concentração. Por conseguinte, “a atual Lei nº 12.529/11 passou a definir o objeto do controle de estruturas com base em duplo critério, que combina o parâmetro do faturamento, exigido de todos os participantes (art. 88), com a necessidade da existência de ato de concentração (art. 90)”³¹.

³¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121. No mesmo sentido: “[...] para determinar a necessidade de submissão ao CADE da operação, deve-se, inicialmente, verificar se se trata de operação expressamente mencionada nas definições do art. 90. Sendo positiva a resposta, é ainda necessário verificar se o faturamento das partes alcança os patamares postos pelo *caput* do art. 88”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 423. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; “A identificação das operações de notificação obrigatória ao CADE envolve dois estágios: a caracterização como um ato de concentração, nos termos do art. 90 analisado acima; e a identificação dos faturamentos dos grupos das empresas envolvidas no ato de concentração”. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 59.

Os critérios apresentados pelos incisos I e II são denominados pela doutrina do Direito Concorrencial como critério de valor de faturamento. Porquanto a única tarefa que devemos realizar é averiguar se os valores do faturamento bruto anual dessas duas empresas, que estão envolvidas no ato de concentração, ultrapassam os valores mencionado nos incisos. Esta não é uma tarefa difícil de realizar, devido ao fato que as empresas detêm o dever de ter estas informações contábeis, conforme as regras de escrituração e os livros contábeis do Código Civil, Lei das Sociedades Anônimas e demais normas.

Conforme anteriormente mencionado, a Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 88 – o qual permite a alteração dos valores dos incisos I e II – elevou os valores mínimos para R\$750 milhões (ao invés de R\$400 milhões do inciso I) e R\$75 milhões (ao invés de R\$ 30 milhões do inciso II) – uma alteração significativa, uma vez que aumentou em 85% o valor do inciso I e em 150% o valor do inciso II.

“Vale destacar que tais faturamentos devem ser obtidos exclusivamente no Brasil e ambos os critérios devem ser cumulativamente preenchidos para que a submissão seja considerada obrigatória”³². Na Lei 8.884/94, houve a discussão se deveria utilizar o valor do faturamento mundial ou o valor do faturamento em território brasileiro. Após alguns anos de discussão, o Tribunal decidiu editar a Súmula nº1, de 18 de outubro de 2005, do CADE³³, limitando a aplicação da teoria dos efeitos³⁴ ao considerar que o valor de faturamento para fins de critério de notificação seria restrito ao território brasileiro. Este entendimento continua sendo aplicado em relação à nova Lei de Direito da Concorrência.

Importante frisar também que, conforme o *caput* do artigo 88, os critérios dos incisos I e II devem ser preenchidos cumulativamente. “Os critérios são cumulativos, ou seja, se uma empresa com faturamento superior a setecentos e cinquenta milhões de reais adquirir o controle de outra que fatura menos de setenta e cinco milhões, não precisará pedir a autorização do CADE”³⁵. A inclusão do inciso II foi uma novidade que não existia na antiga

³² PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60.

³³ Súmula 1/2005, Cade: “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º da Lei nº 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade/sumula-no-1-publicada-no-d-o-u-de-18-10-2005>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

³⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto; JORGE, Mariana Sebalhos. Evolução histórica da aplicação extraterritorial do direito da concorrência brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018. p. 67.

³⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 423.

lei concorrencial nº 8884/94³⁶. Segundo o §3º do artigo 54 da antiga lei³⁷, se qualquer uma das duas empresas envolvidas no ato de concentração ultrapassasse o valor de R\$400 milhões, este ato deveria ser notificado ao CADE. Esta regra gerava uma ineficiência no sentido de que se uma empresa apresentasse um faturamento maior do que R\$ 400 milhões, todos os seus atos, independentemente do tamanho da empresa do outro polo do ato de concentração, deveriam ser notificados. Dessa forma, imaginando um exemplo, se a LATAM comprasse uma pequena empresa de cachorro quente para alimentar os seus funcionários, ou apenas ativos para produzir esses cachorros quentes, essa operações, uma vez que a LATAM apresenta um faturamento bruto anual maior do que R\$400 milhões, deveriam ser submetidas ao CADE. Isto ocasionava um alto número de análises de atos de concentração ineficientes, pois a pequena empresa que estava sendo adquirida não era grande o suficiente para apresentar um problema concorrencial que merecesse a atenção do CADE. Objetivando terminar com este problema, a nova lei concorrencial estabeleceu um limite para a outra parte do ato de concentração (o inciso II do artigo 90), a fim de que as duas partes sejam grande o suficiente para fazer jus à análise do CADE.

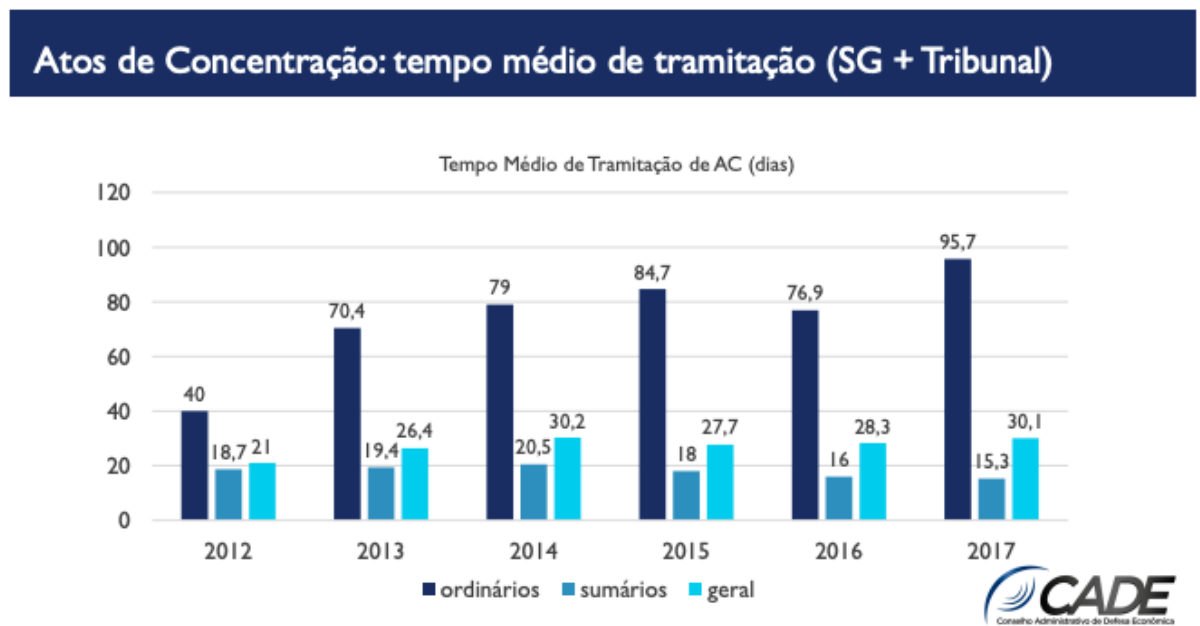
O § 2º, juntamente com o § 9º, do artigo 88 estabelecem os prazos para que a Superintendência Geral do CADE e depois, se necessário, o Tribunal do CADE têm para apresentar a sua decisão final, ocasionando a aprovação tácita do AC se não houver tido a decisão até o momento de expiração do prazo. De modo geral, o CADE tem 240 dias, podendo ser prorrogado para até 330 dias, para que haja a decisão sobre a aprovação, aprovação com restrição ou a proibição do AC. A regra da aprovação tácita ocorre devido ao fato que os atos de concentração giram através do mundo dos negócios empresariais e este mundo necessita de um dinamismo, fenômeno este que é intrínseco a sua existência, que não pode esperar *ad eternum* por uma decisão. Por exemplo, talvez um contrato de joint venture não apresente mais sentido econômico para a sua existência se o CADE aprovar este ato de

³⁶ “É importante lembrar que a anterior Lei nº 8.884/94 adotava um amplíssimo conceito de ato de concentração, motivo pelo qual poderia ser considerada como tal qualquer operação em que um dos participantes tivesse atingido o parâmetro de faturamento previsto na lei ou que levasse a mais de 20% de participação em dado mercado relevante”. Nota de rodapé nº 27. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121.

³⁷ O artigo 54 e o seu parágrafo §3º da Lei 8.884/94 dispunha que: “Art. 54. 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. [...] § 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

concentração apenas após um ano de protocolado o ato no CADE, inúmeras são as variáveis que afetam um negócio e um mercado, cenário nacional, cenário internacional, a organização dentro de cada empresa. A aprovação tácita funciona como uma solução para obrigar o CADE a decidir o AC o quanto antes. Visto que os casos concorrenciais de controle de conduta não apresentam prazos para que o CADE tome a sua decisão, na prática, os casos de AC são priorizados em detrimento dos casos de conduta anticoncorrenciais. Contudo, conforme a figura 1, o tempo médio de tramitação de um caso ordinário no CADE, no ano de 2017, foi de 96 dias, enquanto um caso sumário foi apenas de 15 dias. Ou seja, os casos de AC são julgados num tempo muito inferior ao prazo geral de 240 dias presente no § 2º do artigo 88 da Lei 12.529/11, tornando a regra de dilatação de prazo e aprovação tácita de difícil ocorrência real, graças a eficiência e o bom desenho institucional do CADE.

Figura 1 – Tempo médio de tramitação dos Atos de Concentração



Fonte: Balanço Anual do CADE – 2017

O § 3º e o § 4º trazem duas ideias centrais para o controle de estrutura no Direito Concorrencial brasileiro: (i) a análise prévia, junto com a nulidade do acordo proibido, e (ii) o *gun jumping*. O § 3º, no seu início, obriga um não fazer das partes envolvidas no ato de concentração: a não consumação da operação prevista pelo acordo do AC. Isto é, até que o CADE aprove o caso em análise, as partes não podem se incorporar, fundir ou praticar qualquer ato do contrato associativo que possa produzir algum efeito. Se algum ato ocorrer, existe a pena de nulidade deste ato junto com a imposição de multa. A pena de nulidade

perfectibiliza a análise prévia, pois, se o CADE decidir que duas empresas não podem se fundir, por exemplo, e essas empresas já praticaram atos crendo que o acordo seria aprovado pelo CADE, esses atos deverão voltar ao estado inicial como se nada houvesse acontecido, gerando custos as empresas por não esperarem a decisão final do CADE. Nas palavras da professora Paula Forgioni:

A lei é bastante clara ao afirmar, no §2º do art. 88, que o controle dos atos de concentração pelo CADE será prévio e que estes não poderão ser consumados antes de apreciados, sob pena de nulidade e multa pecuniária, sem prejuízo da abertura de processo administrativo (§3º). A concentração não autorizada e efetivada, na medida em que implicar domínio de mercado, abuso de posição dominante ou prejuízo concorrencial é capaz de configurar infração à ordem econômica, determinando a incidência do art. 36, *caput*, exigindo a abertura de processo para sua investigação. Sem a autorização, o ato não pode lícitamente produzir sua eficácia plena. A Lei lhe impõe cláusula suspensiva tácita, nos termos do art. 125 do Código Civil³⁸.

Como consequência da análise prévia, temos a disposição do *gun jumping*.

O controle prévio também suscita o problema da consumação antecipada dos atos (*gun jumping*) [...]. A consumação antecipada de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste (prática também conhecida como *gun jumping* pela literatura e pela jurisprudência estrangeiras) é vedada pelo art. 88, §3º, da Lei 12.529/11³⁹.

Portanto, se o CADE souber de atos os quais as empresas estavam expressamente proibidas de praticar, segundo as regras do controle concentração da lei concorrencial, o órgão dispõe de uma possibilidade de imposição de multa no valor entre R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões, mais a abertura de um processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica de acordo com o artigo 69 da Lei 12.529/11.

³⁸ *In verbis*: “Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico À condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 424. No mesmo sentido: “A previsão de nulidade é essencial para o bom funcionamento do sistema de notificação prévia, no qual se procura garantir que as condições concorrenciais só sejam alteradas por um ato de concentração após a autoridade antitruste ter avaliado os seus possíveis impactos sobre os mercados afetados”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 125.

³⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124. No mesmo sentido: “[...] inovação central implantada pela nova LDC: o regime prévio de aprovação de atos de concentração. Sob a Lei nº 8.884/94, as partes de um ato de concentração não precisavam aguardar a decisão final do órgão para fechar a operação – i.e, para transferir ações e quotas, implementar ofertas públicas, alienar estabelecimento etc. Sob a Lei nº 12.529, os atos de concentração de notificação obrigatória ‘não podem ser consumados antes de apreciados’ pelo CADE, sob pena de nulidade e de aplicação de multa entre R\$ 60 mil e 60 milhões de reais (art. 88, § 3º). Desse modo, até a aprovação do CADE, devem ser ‘preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas’ (§ 4º)”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial : doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 59. “A repressão à prática de *gun jumping*, portanto, decorre diretamente da consagração do controle prévio de estruturas pelo Direito Antitruste brasileiro, cuja relevância, como menciona anteriormente, é reflexo tanto da necessidade de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação, como da dificuldade de reverter operações já consumadas”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 130.

Contudo, uma vez que a lei não traz um rol dos atos que caracterizariam o *gun jumping*, iniciou-se um debate sobre quais atos são permitidos e quais atos são proibidos. Visto que não há um rol desses atos, nem jurisprudência sobre o assunto (o controle de estrutura da Lei anterior era *a posteriori*, por conseguinte, não era possível existir a prática de *gun jumping*), operações como *due diligence*, mesmo sem a intenção, poderiam cometer um ilícito concorrencial. Por conseguinte, com o propósito de minimizar as assimetrias informacionais, em 2014 o CADE lançou um Guia sobre as práticas de *gun jumping*. “O Guia para Análise da Consumação Prévia de Concentrações Econômicas procurou estabelecer parâmetros que deverão ser observados pela autoridade antitruste quando da aplicação da pena de nulidade [...]”⁴⁰. Nesse sentido:

“Em que pese a disposição expressa no Regimento, nem sempre será fácil distinguir as hipóteses de *gun jumping*. Com efeito, atos de concentração envolvem necessariamente a troca de informações pelos agentes empresariais em algum nível, até porque seria impossível exigir que a celebração desse tipo de negócio ocorresse ‘às cegas’. Para fornecer maior segurança ao mercado, foi editado, em 2014, o Guia para Análise da Consumação Prévia de Concentrações Econômicas, que exemplifica o tipo de informações que podem ser enquadradas como *gun jumping*, assim como as cláusulas contratuais e as práticas que podem ser entendidas como uma integração prematura das atividades envolvidas no ato de concentração”⁴¹.

Por último, temos os § 5º e § 6º do artigo 88 que estipulam as regras a fim de estabelecer se um AC deve ser aprovado ou proibido. De regra geral, há uma presunção de licitude para um ato de concentração e este deve ser aprovado, a não ser que se enquadre nos problemas diagnosticados no § 5º. Segundo este parágrafo, há três hipóteses nas quais o ato de concentração não deva ser aprovado: (i) o ato que provoque a eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante; ou (ii) os atos de concentração que possam criar ou reforçar uma posição dominante; ou (iii) atos de concentração que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. A primeira hipótese relata um caso em que o ato concentração ocasione uma forte eliminação da concorrência do mercado relevante, mas sem necessitar de que os agentes participantes deste ato estejam numa posição dominante. Já na segunda e terceira hipóteses, parte-se de um pressuposto de, ao menos, um dos agentes estejam exercendo uma posição dominante no mercado relevante (ou, na segunda hipótese, a criação do mercado dominante). O § 2º do artigo 36 defini a expressão posição dominante.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 128.

⁴¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p.125.

Desse modo, o parágrafo aponta duas hipóteses para que uma empresa ou um grupo esteja exercendo uma posição dominante conforme a lei concorrencial: (i) que a empresa seja capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou (ii) que a empresa ou grupo detenha mais de 20% de *market share* do mercado relevante (este valor de 20% pode ser alterado pelo CADE para se especificar dependendo do setor analisado). Portanto, se a empresa deter a posição dominante no mercado relevante, conforme o § 2º do art. 36, ou se o ato de concentração reforçar esta posição dominante ou resultar numa dominação de mercado, este AC deve ser proibido pelo CADE. Obviamente que as três hipóteses de proibição não são exclusivas, isto é, um ato de concentração de, por exemplo, os dois maiores *players* de um mercado oligopolista pode apresentar até as três hipóteses do § 5º. O relevante é que nenhuma das três hipóteses ocorra.

O argumento econômico é de que, nas três hipóteses previstas do § 5º do art.88, é claro a ampliação da dominação de mercado dessas empresas, gerando e/ou aprofundando a falha de mercado da concentração econômica e todos os males e ineficiências geradas por esta falha⁴². Conseqüentemente, a proibição prévia minimiza problemas futuros ocasionados por estas concentrações e, por conseguinte, futuros problemas de conduta dessas empresas, assim como possíveis danos gerados aos consumidores, são impedidos de acontecer. Diferentemente do controle de conduta que se planeja remediar e corrigir os problemas gerados, no controle de estrutura o objetivo é a prevenção de que esses atos futuros não ocorram.

Um contra-argumento pelos opositoristas ao controle de estrutura é que estamos proibindo um negócio jurídico válido por um acontecimento futuro e incerto, uma vez que não teremos a certeza de que este AC será, de fato, maléfico para o mercado e seus consumidores, ou seja, estaríamos punindo agentes por acontecimentos que quiçá nunca acontecerão – uma punição por probabilidade que pode, por ser uma probabilidade, não se concretizar. E, por esta razão, além do § 5º trazer apenas três hipóteses em que teríamos uma alta probabilidade de possíveis danos futuros ao mercado e consumidores, temos o § 6º que traz ressalvas nos casos de proibição elencado no parágrafo anterior. Se um ato de concentração que, *prima facie*, enquadra-se no § 5º traz, ao menos, dois tipos de benefícios, elencados nos incisos I e II do § 6º, este ato pode ser autorizado pelo CADE.

⁴² Nesse sentido: “Daí por que a interpretação da lei deve se atentar para a potencialidade dos efeitos nefastos que justificam o controle de estruturas, tais como aumento de preços, diminuição da oferta ou da inovação, redução da qualidade ou variedade dos produtos ou serviços ou qualquer forma de prejudicar consumidores, assim como com o aumento de incentivos para condutas exclusivas”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência:** pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 131.

O inciso I do § 6º relata que, com o intuito de que o CADE possa autorizar um AC que *prima facie* causaria danos futuros ao mercado e consumidores, o ato de concentração deve apresentar, ao menos, um dos seguintes benefícios presentes nas alíneas “a”, “b” e “c”: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. O ato de concentração deve apresentar, ao menos, uma das hipóteses das alíneas anteriores. Ou seja, “[...] mesmo trazendo prejuízos à concorrência, implicando conquista ou reforço de posição dominante, ou mesmo domínio de mercado, as práticas concentracionistas podem ser realizadas, desde que os benefícios trazidos superem os prejuízos concorrenciais”⁴³. As hipóteses, a princípio, trazem melhoras na eficiência das empresas que não poderia ocorrer se essas empresas não se unissem, ou seja, apesar do ato apresentar algum dos problemas elencados no § 5º, a junção das empresas ocasionaria algum benefício que, individualmente, elas estariam impossibilitadas de conseguir, seja por um aumento de produtividade (alínea a), seja uma melhora na qualidade dos bens ou serviços (alínea b), ou a propiciação de eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico (alínea c). Nessa perspectiva:

O anterior Guia de Concentrações Horizontais do CADE, de 2011, já advertia que as eficiências só seriam consideradas na análise concorrencial caso decorressem diretamente da operação e não pudessem ser obtidas, em um período inferior a dois anos, por meio de alternativas que envolvessem menores riscos à concorrência. O Guia de 2016 repetiu a exigência, ratificando a necessidade de que os benefícios gerados pelos atos de concentração sejam proporcionais aos danos produzidos sobre a livre competição; Assim, se os mesmos benefícios (ou semelhantes) puderem, de modo factível, ser gerados por meio de alterações internas da companhia e/ou por qualquer outra alternativa menos lesiva para o mercado, as eficiências alegadas no ato de concentração não poderão ser computadas no exame da autoridade antitruste brasileira⁴⁴.

Todavia, o AC irregular pelo § 5º não será autorizado apenas se ele causar um benefício para as empresas que estão participando desse ato, mas também, conforme o inciso II do § 6º, que parte relevante deste benefício seja repassado aos consumidores.

“A atual Lei nº 12.529/11 é bem mais rigorosa, não se contentando apenas com o fato de o consumidor não sofrer prejuízos; exige, pelo contrário, que ‘parte relevante’ dos benefícios seja distribuída ao consumidor, tal como ocorre no direito norte-americano, sem que tal requisito possa ser flexibilizado”⁴⁵.

⁴³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 422.

⁴⁴ No mesmo sentido também: “[...] parâmetro semelhante é adotado pelas *Horizontal Merger Guidelines* norte-americanas (2010), que expressamente advertem que as eficiências pretendidas pela operação apenas devem ser consideradas quando não houver probabilidade de que sejam adquiridas por outros meios que não tenham efeitos anticompetitivos comparáveis”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 132.

⁴⁵ No mesmo sentido também: “[...] o Guia para Análise de Atos de Concentração de 2016 deixa claro que, para que uma eficiência possa compensar os prováveis efeitos negativos de determinada operação, não é suficiente que gere ‘redução de custos, aumento de lucros ou outros benefícios que sejam incorporados unicamente pelas

Ou seja, o benefício ocasionado pela concentração deve ser de tal tamanho que tanto as empresas como os consumidores saem ganhando após a realização do AC. Este seria um caso, denominado pela Teoria dos Jogos, de ganha-ganha, uma vez que todos os participantes, diretos e indiretos, são beneficiados pelas decisões tomadas. Por conseguinte, o CADE deverá realizar um julgamento sobre as perspectivas positivas e negativas de uma concentração – perspectivas essas vistas no início deste capítulo.

“O CADE efetuará juízo de ponderação: considerará os prejuízos concorrenciais causados pela operação, mas também suas eficiências, ou seja, os aspectos positivos para a economia, para os consumidores e para a sociedade em geral. O §6º do art. 88 dispõe que as práticas restritivas da concorrência poderão ser autorizadas, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: aumento da produtividade ou da competitividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços; e/ou eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico. Ademais, devem ser repassado aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes” .

Dessa forma, de modo geral, se o ato de concentração apresentar a seguinte fórmula destacada pela doutrina (benefícios > custos) e que parte desses benefícios sejam repassados aos consumidores, o AC deve ser autorizado pelo CADE e seus efeitos produzidos.

Por fim, temos o § 7º do artigo 88, parágrafo que nos remonta a uma exceção do critério de valor do faturamento do controle de concentração no Direito Concorrencial brasileiro. Segundo o parágrafo, o CADE detém uma faculdade de, no prazo de 1 ano a contar da data de consumação do ato, requerer a submissão dos atos de concentração para a sua análise.

A regra geral determinada no artigo 88 é a regra da notificação obrigatória a partir do critério de valor de faturamento dos incisos I e II. Desse modo, não é o CADE que apresenta um poder ou dever, mas as empresas envolvidas nos atos de concentração que apresentam um dever de submeter a sua operação para o crivo do CADE se essas ultrapassarem o valor de faturamento, sob pena de nulidade do ato se assim não o fizerem. Contudo, o § 7º excepciona esta regra geral, pois, neste caso, o CADE pode, se assim quiser, requerer a submissão de qualquer outro ato não embarcado pela regra geral. Ou seja, se analisarmos, unificadamente, os incisos I e II juntamente com o § 7º, em teoria, todos os atos de concentração brasileiros podem ser submetidos ao julgamento do CADE. Se algum caso que o CADE julgar importante não for abarcado pela regra geral do art.88, por um ato discricionário dele, este AC pode ser submetido a sua revisão. Ademais, esta regra se caracteriza por excepcionar a análise prévia no controle de concentração brasileiro.

empresas fusionadas’, reconhecendo expressamente a necessidade de que ‘parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 133.

“Esta hipótese é mais provável nos casos em que as partes envolvidas detenham participação de mercado significativa, mas faturamento não tão expressivo no Brasil, como, por exemplo, em mercados de âmbito nitidamente local ou regional. Nessas operações, porém, as partes não são obrigadas a aguardar a decisão final do Conselho para consumir a operação, sendo a análise realizada *a posteriori*, se e quando o CADE requerer a sua submissão para análise, em termos similares aos da Lei nº 8.884/94”⁴⁶.

Objetivando a regulamentação dessa matéria, o CADE, no dia 8 de julho de 2019, aprovou a Resolução nº 24 que regulamenta os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88. Segundo esta resolução:

Art. 1º O procedimento administrativo para apuração de ato de concentração (APAC) terá como objeto:

I – atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do § 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011;

II – atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do § 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011;

III – atos de concentração não notificados, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade, nos termos do § 7º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 (grifo nosso).

.....

Seção IV

Do Procedimento para os atos de concentração não notificados, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade

Art. 14. Verificados critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública, em atenção ao previsto no art. 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011, a Superintendência-Geral do Cade instaurará o APAC antes de requerer a submissão ao Cade de ato de concentração.

Art. 15. Em atenção ao previsto no art. 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011, a Superintendência-Geral do Cade poderá decidir:

I – pelo arquivamento do APAC, nos termos desta Resolução;

II – pela determinação de notificação do ato de concentração, nos termos do art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

§ 1º Na hipótese do inciso II, a empresa participante do ato de concentração poderá interpor recurso ao Tribunal Administrativo do Cade no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da sua ciência da decisão da Superintendência-Geral do Cade.

§ 2º O recurso interposto pela empresa participante será processado nos autos do próprio APAC e, após o seu recebimento, seguirá o trâmite previsto nos arts. 4º e 5º desta Resolução.

§ 3º A avocação prevista no art. 3º e o recurso previsto neste artigo terão efeito suspensivo.

Art. 16. Nos casos em que for determinada a notificação do ato de concentração, as partes deverão apresentá-lo, nos termos dos arts. 53 e seguintes da Lei nº 12.529/2011, dos arts. 108 e seguintes do Regimento Interno do Cade e da Resolução nº 02, de 29 de maio de 2012, em até 30 (trinta) dias, contados a partir:

I - do decurso *in albis* do prazo previsto nos arts. 3º e 15, § 1º; ou

⁴⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial** : doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 61.

II - da ciência da decisão do Tribunal Administrativo do Cade que determinar a notificação do ato de concentração.

§ 1º A taxa processual relativa aos processos de competência do Cade deverá ser recolhida no momento da apresentação do ato de concentração, nos termos do art. 23 da Lei nº 12.529/2011.

§ 2º Nos casos em que houver emenda, conforme art. 53, § 2º, da Lei nº 12.529/2011, caberá à Superintendência-Geral determinar o prazo para sua apresentação.

Art. 17. Para fins desta Resolução, após a notificação do ato de concentração, o Cade observará os prazos indicados no art. 88, §§ 2º e 9º, da Lei nº 12.529/2011.

Dessa forma, o artigo 14 da Resolução nº 24 dispõe que, verificados os critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública, a Superintendência-Geral do CADE instaurará o APAC. Ou seja, o ato discricionário do CADE apresenta como requisitos dois critérios, (i) a oportunidade e a (ii) conveniência da Administração Pública. Todavia esses critérios são demasiado abertos, não sendo possível extrair nenhuma regra prática e objetiva, realçando a discricionariedade do CADE como um poder a ele conferido a partir da Lei 12.529/11.

Apesar da regulamentação e disposição prática dada pela Resolução nº 24, a partir de uma análise empírica dos julgados de atos de concentração, não podemos afirmar que, esta regra presente no § 7º, seja eficiente. Nos sete anos de vigência da Lei 12.529/11 (apesar da lei datar de novembro de 2011, houve uma *vacatio legis* de 180 dias, entrando-a em vigor apenas em maio de 2012), o CADE julgou 2820 atos de concentração⁴⁷. Desse total de AC julgados, apenas 2 atos de concentração foram submetidos pelo § 7º do artigo 88, enquanto todos os outros 2818 AC foram submetidos a partir da regra da notificação obrigatória dos incisos I e II do art. 88. Isto representa uma porcentagem de 0,07%, podendo-se concluir e afirmar a ineficiência da submissão do § 7º do artigo 88 – ineficiência, de até certo modo, compreensível, uma vez que o CADE já apresenta um alto número de AC para serem julgados todos os anos, não sendo plausível esperar que o conselho ainda apresentasse um papel investigativo a fim de ir atrás e fiscalizar todos os demais casos de atos de concentração brasileiros que não são enquadrados nas regras da notificação obrigatória.

⁴⁷ Este número pode ser extraído do somatório dos julgamentos de atos de concentração dos anos de 2013 até 2018, (sabendo que houve atos de concentração julgados em 2012 a partir da Lei 12.529/11, todavia resolvemos excluir o ano de 2012 da análise, pois, conforme anteriormente mencionado, houve uma explosão de submissões de AC nos primeiros meses de 2012 a fim de que estes processos fossem julgados pela Lei 8.884/94, entendida como sendo uma lei mais benéfica para atos de concentração), mais os 339 atos de concentração julgados no ano de 2019 até o presente momento. Tais números podem ser encontrados no site do CADE. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 05 nov. 2019.

Os dois casos submetidos através do § 7º foram os casos nº 08700.005959/2016-21 e o nº 08700.005972/2018-42. No caso nº 08700.005972/2018-42 do CADE, o AC envolvia as empresas SM Empreendimentos, que apresentou um faturamento bruto de R\$ 413 milhões em 2016, e a empresa All Chemistry, que apresentou um faturamento de R\$ 23 milhões em 2016. Desse modo, conforme as regras da notificação obrigatória, elas não eram obrigadas a submeter este AC, uma vez que nem a SM, nem a All Chemistry, apresentaram faturamentos maiores do que R\$ 750 e R\$ 75 milhões. Contudo, através de uma denúncia realizada pelo site do CADE, levantou-se a hipótese que a SM Empreendimentos estaria comprando todas as pequenas empresas concorrentes do ramo de distribuição de insumos farmacêuticos, objetivando uma posição dominante e uma monopolização deste mercado. Em vista disso, a Superintendência-Geral do CADE, através do § 7º do art. 88, requereu a submissão deste AC para a análise do CADE. No fim, o CADE aprovou a compra da All Chemistry pela SM Empreendimentos condicionado à assinatura de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC).

Portanto, no fim de uma análise de AC, o CADE necessita tomar uma decisão sobre a aprovação ou rejeição da concentração. A professora Ana Frazão resume quais são as possíveis decisões do CADE:

“[...] o CADE precisa, ao final, manifestar-se quanto à operação, tendo, *a priori*, duas alternativas: (i) aprovar a operação, caso (i.1) não haja efeitos anticompetitivos; ou (i.2) haja efeitos anticompetitivos que possam ser suficientemente compensados pelas eficiências ‘aceitáveis’ geradas pela operação, desde ocorra a distribuição de parte relevante dos benefícios aos consumidores; (ii) reprovar a operação, caso (ii.1) haja efeitos competitivos insuscetíveis de compensação por eficiências ou (ii.2) haja efeitos anticompetitivos suscetíveis, em tese, de compensação por eficiências, mas não tenha havido a comprovação de que tal compensação efetivamente ocorrerá por meio da distribuição aos consumidores de parte relevante dos benefícios da operação. [...] Vale igualmente ressaltar que, na hipótese (ii.2), uma alternativa à reprovação da operação é a imposição unilateral, pelo CADE, de restrições ou remédios comportamentais ou estruturais – estes últimos também chamados de desinvestimentos – que possam ser suficientes para assegurar a neutralização dos efeitos anticompetitivos, a geração de eficiências e a distribuição relevante de benefícios aos consumidores. Tais remédios necessitam ser adequados e razoáveis aos problemas a que se dirigem, vem como precisam ser eficazes e sujeitos à efetiva fiscalização, motivo pelo qual os custos de monitoramento são importantes parâmetros para a sua aplicação”⁴⁸.

Dessa forma, uma alternativa para que não haja a reprovação do AC pelo CADE (caso ii.2 acima) é através de um acordo em controle de concentração. Conforme vimos, o artigo que regularia este acordo seria o artigo 92 da Lei 12.529/11, todavia o artigo foi vetado pela presidente Dilma Rousseff. Contudo, apesar do veto em lei, disciplinou-se este acordo no

⁴⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 158-159.

Regimento Interno do CADE e, atualmente, está disposto no artigo 124⁴⁹ do RICADE (Regimento Interno do CADE).

Portanto, o Acordo em Controle de Concentrações (ACC) é uma alternativa em que o CADE, junto com as partes envolvidas no AC, utiliza para construir soluções aos problemas concorrenciais que a concentração causará. “A aprovação de seus termos deverá ser realizada pelo Plenário do Tribunal (art. 9º, V) competindo à Superintendência-Geral sugerir as condições para sua celebração, bem como fiscalizar o seu cumprimento (art. 13, X)”⁵⁰. Ademais, em vista da eficiência dos ACC’s, “nos últimos anos, esses acordos vêm sendo utilizados com frequência pelo CADE que, obtendo a concordância das empresas aos seus termos, evita a contestação judicial de suas decisões”⁵¹.

O conteúdo material do ACC é constituído pelos remédios concorrenciais. Esses remédios concorrenciais são políticas desenvolvidas que visam resolver um ponto controverso específico. Dessa forma, se o CADE entende que o AC, na sua grande parte, não é capaz de criar um abuso concorrencial ou reforçar uma posição dominante, todavia há um ponto que apresenta uma probabilidade de trazer danos à concorrência e aos consumidores, ao invés de rejeitar o AC por inteiro, o CADE aprova o AC mediante a assinatura do ACC que, dentro dele, impõe algum remédio para solucionar este problema concorrencial específico.

“O §2º do art. 61⁵² da Lei 12.529/11, [...], trata das restrições que poderão ser impostas pela autoridade antitruste como condição para a aprovação de determinado ato de concentração. Trata-se de elenco meramente exemplificativo, podendo o CADE, conforme se extrai da própria redação do inciso VI, aplicar qualquer outra providência necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência, desde que respeitada a lei e as limitações decorrentes do princípio da proporcionalidade”⁵³.

⁴⁹ Art. 124. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações - ACC desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a distribuição do Ato de Concentração ao Conselheiro-Relator.

⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 426. No mesmo sentido: “A alternativa intermediária da aprovação condicional também pode ser construída ente o CADE e as partes, por meio do chamado ACC - Acordo em Controle de Concentrações [...]”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 159.

⁵¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 426.

⁵² Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II - a cisão de sociedade;

III - a alienação de controle societário;

IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;

V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

⁵³ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.161.

Em relação aos remédios antitrustes, eles se dividem em dois: remédios estruturais e remédios comportamentais. Os remédios estruturais⁵⁴ são imposições mais rígidas, como a venda de um polo industrial (inciso I do §2º) ou a cisão de um grande grupo societário em empresas menores (inciso II do §2º), que, normalmente, são realizadas num único momento do tempo, não necessitado de monitoramento e fiscalização. Por outro lado, os remédios comportamentais⁵⁵, como o nome já diz, são imposições mais palatáveis e menos rígidas que envolvem a realização de um comportamento ao longo do tempo, como, no caso AC Perdigão/Sadia (AC nº 08012.004423/2009-18), a proibição da atuação da Perdigão no mercado de peru congelado durante alguns anos, possibilitando a concorrência e a criação de novas marcas menores e rivais. Todavia, visto que estes remédios não são de execução instantânea, eles necessitam de uma fiscalização da autoridade concorrencial ao longo do tempo, ocasionando uma preferência dos remédios estruturais aos remédios comportamentais.

E, desse modo, analisamos, pormenorizadamente, o artigo 88⁵⁶. Concluímos que o Direito Concorrencial brasileiro apresenta, como regra geral para a análise do controle de concentração, o critério de valor de faturamento das duas empresas envolvidas no ato de concentração. Esta análise é uma análise prévia que, se não respeitada a obrigação de não realizar atos de unificação até a aprovação do CADE, poderá gerar a nulidade do ato com a imposição de multa – situação conhecida pela doutrina como *gun jumping*. O CADE apresenta um período 240 dias, podendo ser prorrogados para no máximo 330 dias, para aprovar, aprovar com restrições ou reprová-lo o AC e há uma presunção de licitude em todos os AC, sendo dever do CADE de provar que este AC será maléfico para o mercado e consumidores e, após constituída esta prova, há uma inversão do ônus da prova para que as empresas provem que os benefícios gerados pela unificação das empresas são impossíveis de serem alcançados individualmente e que os consumidores receberão um repasse desses

⁵⁴ “[...] remédios estruturais são mais imediatos, não carecem de monitoramento profundo, mas também requerem coerência com o critério de proporcionalidade em sua formulação”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.160

⁵⁵ “Há certo consenso na jurisprudência e na literatura antitruste de que, na grande maioria dos casos, a adoção de restrições comportamentais apresenta problemas, seja pela necessidade de monitoramento constante por parte da autoridade antitruste, o que envolve o dispêndio de recursos e acesso a informações nem sempre disponíveis ou possíveis, seja por se mostrarem inadequados para solucionar os problemas concorrenciais gerados”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.159-160. “[...] a própria fiscalização do cumprimento desses compromissos por parte das autoridades antitrustes tem se mostrado defeituosa, de forma que as empresas acabam desviando-se dos termos acordados”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 427.

⁵⁶ Deixamos de fora apenas o § 8º do artigo 88, não importante para esta monografia, visto que apresenta uma regra sobre um dever de comunicação de mudança de controle acionário e fusão à CVM e ao DREI para que, se assim eles entenderem, examinem o AC. Todas as demais regras presente no artigo 88 foram comentadas neste trabalho.

benefícios. Ademais, demonstrou-se a exceção da submissão do AC ao CADE a partir do critério discricionário do conselho presente no § 7º. Contudo, este critério, conforme a investigação empírica realizada, não está sendo comumente utilizado, podendo afirmar ser uma regra ineficiente no ponto de vista de produção de efeitos, uma vez que só 0,07% dos AC são submetidos através deste critério. Por fim, se o CADE encontrar um problema específico e remediável num ato de concentração, ao invés de rejeitar o AC por completo, é possível que ele desenvolva, junto com as partes, um remédio antitruste a fim de minimizar este problema específico e, por conseguinte, há a aprovação do AC mediante a assinatura de ACC.

Por último, dentro do capítulo dos atos de concentração da Lei 12.529/11, temos o artigo 91 que dispõe: “Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados”. Dessa forma, há a possibilidade de reexame de um AC se o CADE descobrir alguma mentira ou falsa informação, ou um descumprimento de algum remédio ou o não alcance de uma eficiência argumentada pelas partes do AC⁵⁷. Apesar de não haver muitos exemplos de casos do artigo 91, podemos citar o AC Disney/FOX⁵⁸ (AC 08700.004494/2018-53), pois a Disney não conseguiu vender os canais da Fox Sports, como havia sido estipulado no ACC firmado. Portanto, apesar de ser mais provável a revisão de um AC por descumprimento de um remédio comportamental, também é possível a revisão de um AC por descumprimento de um remédio estrutural – ainda que o problema de não ter aparecido interessados na compra do canal Fox Sport não seja diretamente imputável as empresas envolvidas na concentração.

Portanto, finalizamos o estudo do Direito Concorrencial brasileiro, passando, no próximo capítulo, ao estudo dos critérios de notificação de demais jurisdições a fim de realizar uma comparação com o sistema brasileiro.

⁵⁷ “[...] a própria Lei nº 12.529/11, a exemplo de sua antecessora, admite o reexame do ato de concentração em algumas circunstâncias específicas, dentre as quais se destaca a hipótese em que os benefícios inerentes à operação não tiverem sido alcançados (art. 91)”. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134. “[...] ao prever a possibilidades de revogação da autorização se ‘não forem alcançados os benefícios visados’, dá-se ampla margem de atuação ao CADE”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 426.

⁵⁸ Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrencia/cade-vai-rever-compra-da-fox-pela-disney-por-falta-de-venda-da-fox-sports-13112019>. Acesso em: 16 nov. 2019.

3 OS CRITÉRIOS PARA A NOTIFICAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO

Como veremos nas próximas páginas, os critérios para a notificação obrigatória dos atos de concentração se diferenciam, conforme cada jurisdição. Apesar de, normalmente, termos como regra geral o valor de faturamento das empresas envolvidas nas operações, as jurisdições apresentam algumas regras distintas ou peculiares a fim de examinar casos que fogem do escopo da regra geral. Nas análises a seguir, apontaremos algumas importantes diferenças de cada jurisdição, tentando sempre comparar, seja com o sistema brasileiro, seja com os outros sistemas. Aprofundaremos um pouco mais nos critérios que cada jurisdição apresenta a fim de que um AC seja, obrigatoriamente, notificado ao órgão concorrencial daquele país. Escolhemos para a análise os EUA e a União Europeia, dado o grau de importância que essas duas jurisdições detêm no Direito Concorrencial mundial, e a Alemanha, visto que ela acrescentou, recentemente, uma regra subsidiária: o critério do valor da operação. Após averiguar como cada jurisdição disciplina esta importante matéria do Direito Concorrencial, faremos a comparação desses critérios com o critério do valor de faturamento da Lei brasileira 12.529/11 no capítulo 5.

3.1.1 A NOTIFICAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Os EUA, apesar do embate histórica com o Canadá sobre qual país promulgou a primeira lei concorrencial do mundo⁵⁹, foi o primeiro país a, de fato, praticar e utilizar regras concorrenciais em sua jurisdição. Todavia, não havia, no *Sherman Act*, previsões normativas sobre problemas envolvendo aquisições e fusões de empresas, uma vez que a lei concorrencial norte-americana surgiu para reprimir as condutas anticompetitivas praticadas pelos grandes trusts americanos, especialmente os trust do mercado petrolífero (o surgimento da lei se relaciona com a onda de concentrações do sinal do século XIX, porém o objetivo da lei era o combate com as práticas monopolísticas e não com a prevenção e proibição das concentrações)⁶⁰. Dessa forma, foi apenas em 1914, com a promulgação do *Clayton Act* que

⁵⁹ O *Sherman Act* foi promulgado em 1890, enquanto a lei canadense, *an act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, foi promulgada em 1889. Disponível em: < <http://www.duhaime.org/LawMuseum/CanadianLegalHistory/LawArticle-1420/1889-Canada-Wheels-Out-Worlds-First-Competition-Statute.aspx>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁶⁰ “[...] o movimento que deu origem à promulgação do *Sherman Act* baseava-se na reação contra os *trusts*, ou seja, contra poderosas empresas e o uso que faziam do poder econômico que detinham”. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 411.

houve uma disposição sobre um *Merger Control Regime* nos EUA⁶¹, a Seção 7 do *Clayton Act*. Muitos anos após, em 1976, houve a promulgação do *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (o *HSR Act*), criando a seção 7A do *Clayton Act*, dispondo sobre a notificação pré-concentração e o período de espera (*premerger notification and waiting period*), obrigação que a lei concorrencial americana impõe as partes a não praticarem nenhum ato que efetive o ato de concentração. Será esta última seção, principalmente a parte específica da *premerger notification*, que será pormenorizada neste subcapítulo.

Em decorrência de problemas de rendimento no controle de concentração norte-americano, o *HSR Act* foi promulgado, originando a seção 7A do *Clayton Act*, com o objetivo de aumentar a eficiência do controle de concentração americano, uma vez que, sem a notificação obrigatória e o *wating period*, as agências norte-americanas não estavam conseguindo concretizar as ordenações das normas concorrenciais no tocante ao regime de concentrações.

O Congresso aprovou a Lei de Melhorias Antitruste Hart-Scott-Rodino (*Hart-Scott-Rodin Act* ou *HSR Act*) em 1976. O *HSR Act*, que tem um regulamento administrativo análogo da Comunidade Europeia, foi o esforço do Congresso dos Estados Unidos para tornar o *enforcement* de concentração mais sensato e mais eficiente. Antes do *HSR Act*, as agências federais encarregadas do *enforcement* das concentrações, o *Federal Trade Commission* (FTC) e o Departamento de Justiça (DOJ), não sabiam das propostas de fusão, aquisição ou joint ventures até que a transação fosse anunciada publicamente (se fossem anunciadas) e geralmente bem no caminho da conclusão ou já concluídas⁶².

Atualmente, as leis concorrenciais americanas estão dispostas dentro do *U.S. Code*, Título 15 (*Commerce and Trade*), Capítulo 1 (*Monopolies and Combinations in Restraint of Trade*). Este capítulo apresenta 38 parágrafos, sendo os 27 primeiros os mais importantes para esta análise antitruste. Desses parágrafos, os primeiros 7 parágrafos são originários do *Sherman Act*, os parágrafos 8-11 são originários do *Wilson Tariff Act*, os parágrafos 12-27 são originários do *Clayton Act* e os demais parágrafos (28-38) são originários de outras leis

⁶¹ “The first federal attempt to address anti-competitive conduct by competing firms was the Sherman Act in 1890, which prohibits, among other things, certain contracts, combinations and conspiracies between or among competitors in restraint of trade. However, the Sherman Act proved inadequate to deal with the competitive consequences of mergers and acquisitions, and in 1950 Congress amended the Clayton Act of 1914 to better scope with such transactions”. HAWK, Barry; STOLL, Neal R.; SCHWARTZ, Kenneth. *United States of America*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 1477.

⁶² “Congress passed the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (the Hart-Scott-Rodino Act or HSR Act) in 1976. The HSR Act, which has a European Community analogue in the EC Administrative Regulation, was the United States (U.S.) Congress’ effort to make merger enforcement more sensible and more efficient. Before the HSR Act, the federal agencies charged with merger enforcement, the Federal Trade Commission (FTC) and the Department of Justice (DOJ), would not learn of proposed merger, acquisitions, or joint ventures until the transaction were publicly announced (if they were) and often well on their way to completion or already complete”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 137.

residuais, sendo que alguns parágrafos estão atualmente revogados. Visto que os parágrafos do *Clayton Act*, atualmente, estão dispostos nos parágrafos 12-27 do Capítulo I, Título 15, do U.S. Code, a seção 1 do *Clayton Act* (aqui a seção é entendida como um sinônimo de parágrafo, visto que não há esta distinção para o direito americano) é o atual parágrafo 12, por conseguinte, apesar do atual regime de concentração americano ser comumente chamado de seção 7 do *Clayton Act*, ele está localizado no parágrafo 18. Do mesmo modo, a seção 7A do *HSR Act*, atualmente, é o parágrafo 18A. Ou seja, apesar da doutrina e dos operadores do direito se referirem ao *Merger Control Regime* americano como *section 7 of the Clayton Act*, a sua vigente disposição, como veremos adiante, está regulada pelo *U.S. Code, Title 15, Chapter 1, Section 18 and 18A*.

Antes de analisarmos os critérios de notificação do Direito Concorrencial norte-americano, apontaremos algumas distinções importantes se comparado com o nosso direito pátrio. Primeiramente, os EUA apresentam “duas agências federais que compartilham competência para revisar e impugnar fusões e aquisições: a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ ou “a Divisão”) e a Comissão Federal do Comércio (FTC)”⁶³. Na realidade, a maioria dos atos em matéria concorrencial podem ser realizados pelas duas agências americanas, apresentando poucas exceções – se algum caso concorrencial envolver normas de Direito Penal, apenas o DOJ apresenta competência para praticar atos nesta esfera, sendo uma exceção para a regra de competência geral. Em relação aos atos de concentração, o que ocorreu foi uma separação de competência por mercados relevantes. O mais importante é que, se um ato de concentração preencher os requisitos para a obrigatoriedade de sua notificação, as partes envolvidas devem submeter o ato nas duas agências e, a primeira agência que ser liberada a analisar o caso (*clearance*), deterá competência para aquele caso.

Para aquelas transações que são pré-notificadas pelo HSR Act, as agências seguem um acordo realizado em 1993 para solucionar os problemas de ‘liberação’, um processo utilizado para decidir qual agência revisará o ato de concentração. Depois que uma agência recebe a liberação para revisar o ato de concentração, apenas esta agência irá proceder com a análise⁶⁴.

⁶³ “Two federal agencies share jurisdiction for reviewing and challenging mergers and acquisitions in the US: the Antitrust Division of the Department of Justice (DOJ or ‘the Division’) and the Federal Trade Commission (FTC)”. HAWK, Barry; STOLL, Neal R.; SCHWARTZ, Kenneth. *United States of America*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 1478. (tradução nossa).

⁶⁴ “For those transactions which are pre-notified under the HSR Act, the agencies follow a 1993 agreement that addresses the issues of ‘clearance’, a process used to decide which agency will review a transaction. After one agency receives clearance to review the transaction, only that agency will proceed with the review”. HAWK, Barry; STOLL, Neal R.; SCHWARTZ, Kenneth. *United States of America*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 1478. (tradução nossa).

Em relação aos prazos, as agências, após receberem a notificação, apresentam um prazo de 30 dias para que, antes de findar este prazo, elas decidam se querem continuar analisando o caso ou apenas arquivam e há a aprovação do caso. Este prazo é conhecido como o período de espera (*waiting period*), período no qual as partes envolvidas devem esperar a decisão das agências e não podem praticar nenhum ato que efetive a concentração. Se as partes desrespeitarem este prazo, acontecerá o *gun jumping* (nos moldes gerais como acontece no direito pátrio), porém, além de haver a possibilidade de aplicação de uma multa nas empresas envolvidas, pode haver uma responsabilização pessoal dos diretores e administradores responsáveis pela tomada desta decisão de *gun jumping*⁶⁵.

Se, antes do fim dos 30 dias iniciais que as agências detêm para analisar o ato de concentração, elas entenderem que necessitam de mais tempo para conhecer os pormenores do caso, emite-se uma “Segunda Solicitação” (*Second Request*) e prorroga-se o *waiting period* por mais 30 dias⁶⁶. Isto é, “se a agência de investigação não puder se satisfazer de suas preocupações sobre a transação nos primeiros trinta dias, o ato permitirá que ela faça uma ‘Solicitação Formal de Informações Adicionais’, comumente conhecida com Segunda Solicitação (*Second Request*)”⁶⁷. As agências, ao compreenderem que o caso em questão não apresenta nenhuma probabilidade de dano futuro, dispõem do poder de arquivar o caso, seja antes do primeiro ou do segundo *waiting period*. Dessa forma, “as partes são liberadas a concluir a operação com a finalização antecipada ou quando o período de espera de trinta dias expirar”⁶⁸. Contudo, se alguma agência identificar um potencial problema concorrencial nessas análises iniciais, são elas que apresentam legitimidade para contestar a fusão ou

⁶⁵ “Failure to comply fully with the HSR Act and its regulations may subject any person, or any officer, director or partner of the acquiring and acquired persons, to civil penalties of up to \$16,000 for each day of violation – an amount that can be adjusted at least every four years based upon changes in the US Consumer Price Index”. HAWK, Barry; STOLL, Neal R.; SCHWARTZ, Kenneth. *United States of America*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 1479.

⁶⁶ “Either the FTC or the DOJ can extend the initial pre-closing waiting period by issuing a Request for Additional Information (‘Second Request’) prior to the expiration of the initial waiting period. Generally, issuing a Second Request extends the pre-closing waiting period for an additional 30 days from the date on which the acquiring and acquired parties both substantially comply with the Second Request”. HAWK, Barry; STOLL, Neal R.; SCHWARTZ, Kenneth. *United States of America*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 1477. (tradução nossa).

⁶⁷ “If the investigating agency cannot satisfy its concerns about the transaction within the initial thirty days, the act allows it to make a formal Request for Additional Information, commonly known as a Second Request”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 138.

⁶⁸ “The parties are free to close upon early termination or when the thirty-day waiting period expires”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 137.

aquisição daquele ato de concentração em um processo judicial. Portanto, diferentemente do procedimento brasileiro no qual o CADE tem o poder de rejeitar um ato de concentração, as agências não apresentam este direito de veto. Se uma agência quiser rejeitar um AC, ela deverá ir ao tribunal – o direito que elas têm é de ter a legitimidade processual de propositura deste tipo de ação. “Se a agência estiver convencida de que a transação proposta violaria as leis antitrustes e não puder estabelecer um acordo com as partes, a agência poderá entrar com uma ação em um tribunal federal a fim de impedir que as partes fechem a operação”⁶⁹. Dessa forma, destaca-se a importância e o papel fundamental do DOJ e da FTC nos casos concorrenciais norte-americanos.

Ressaltamos que a liberação dada pelas agências para efetivar a concentração não impede que elas, futuramente, investiguem quaisquer danos que as empresas envolvidas na concentração possam praticar, ou seja, a aprovação é apenas para o ato de unificação das partes. “[...] A liberação não fornece imunidade antitruste e não constitui uma renúncia de direito das agências de, posteriormente, investigar ou atacar a concentração”⁷¹.

“O regime de concentração nos EUA é governado, no nível federal, principalmente pela seção 7 e 7A do Clayton Act”⁷². Como visto anteriormente, a seção 7 foi promulgada em 1914 pelo *Clayton Act*, enquanto a seção 7A foi promulgada em 1976 pelo *HSR Act*. A seção 7 traz no seu primeiro parágrafo a compreensão geral do controle de concentração norte-americano.

No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly (grifo nosso).

⁶⁹ “If the agency is then convinced that the proposed transaction would violate the antitrust laws, and its is unable to work out an accommodation with the parties, the agency can file an action in federal court seeking to enjoin the parties from closing”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 138.

⁷⁰ No mesmo sentido: “as autoridades administrativas (norte-americanas), caso pretendam bloqueá-la, devem socorrer-se do Poder Judiciário”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 424.

⁷¹ “[...] clearance does not provide antitrust immunity and does not constitute a waiver of the agencies’ right later to further investigate or attack the combination”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 137.

⁷² “Merger Control in the US is governed at the federal level primarily by Sections 7 and 7A of the Clayton Act”. HAWK, Barry; STOLL, Neal R.; SCHWARTZ, Kenneth. *United States of America*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 1477. (tradução nossa).

Este parágrafo, introduzindo o *Merger Control Regime* norte-americano, descreve, de uma forma geral e abstrata, que uma pessoa não pode adquirir o total de outra pessoa ou de seus bens/ativos que, futuramente, possam produzir um efeito, decorrente dessa aquisição, que reduza substancialmente a competição ou que tenda a criar um monopólio – conforme realçado no grifo final do parágrafo acima. Destaca-se também que esta substancial redução na competição ou tendência de criação de monopólio não precisa ser, ao menos para lei, efetiva, mas que haja uma alta probabilidade da ocorrência de danos futuros. “O estatuto usa as palavras ‘pode ser’ (*may be*) e, portanto, às vezes é chamado de estatuto de incipiência. O estatuto foi concebido para atingir não apenas efeitos anticoncorrenciais reais e realizados, mas também aqueles que se tornam prováveis como resultado da concentração”⁷³. Este conceito de proibição de redução de competição e, principalmente, de tendência a monopolização do mercado está totalmente relacionado com uma das principais ideias do *Sherman Act* e o Direito Concorrencial norte-americano, a proibição de condutas unilaterais “monopolizadoras”. Conforme a seção 2 do *Sherman Act*, seção que disciplina a proibição das condutas unilaterais anticompetitivas:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Ou seja, a conduta unilateral anticompetitiva proibida pela legislação concorrencial americana é a “monopolização” do mercado. Com o passar dos anos, entendeu-se que existem outras práticas cometidas unilateralmente por uma empresa contra outras empresas que merecem uma tutela jurisdicional, como a prática de preço predatório, *margin squeeze*, recusa a negociar, abuso excessivo de preço, entre outros. Todavia, *prima facie*, a única conduta unilateral proibida seria a “monopolização”, ou a sua tentativa, dos mercados.

Dessa forma, com a inspiração da seção 2 do *Sherman Act*, a seção 7 do *Clayton Act* ficou por muitos anos tutelando a proibição de atos de concentração que ocasionasse um dano e uma redução na competição daquele mercado, ou uma tendência a monopolização, mas sem apresentar um sistema de notificação obrigatório para esses atos de concentração. Então, com

⁷³ “The statute uses the words *may be* and is therefore sometimes called an incipency statute. The statute has been construed to reach not only actual, realized anticompetitive effects, but also those that become probable, as a result of the merger”. SHENEFIELD, John H.; STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: a primer*. Washington D. C.: The AEI Presse, 2001. p. 57.

a inserção da seção 7A do HSR Act, foi instaurado um regime de notificação obrigatória, junto com critérios para esta notificação, os quais serão examinados a seguir.

U.S. Code § 18a. Premerger notification and waiting period

(a) Filing. Except as exempted pursuant to subsection (c), no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification pursuant to rules under subsection (d)(1) and the waiting period described in subsection (b)(1) has expired, if—

(1)the acquiring person, or the person whose voting securities or assets are being acquired, is engaged in commerce or in any activity affecting commerce; and

(2)as a result of such acquisition, the acquiring person would hold an aggregate total amount of the voting securities and assets of the acquired person—

(A)in excess of \$200,000,000 (as adjusted and published for each fiscal year beginning after September 30, 2004, in the same manner as provided in section 19(a)(5) of this title to reflect the percentage change in the gross national product for such fiscal year compared to the gross national product for the year ending September 30, 2003); or

(B)

(i)in excess of \$50,000,000 (as so adjusted and published) but not in excess of \$200,000,000 (as so adjusted and published); and

(ii)

(I)any voting securities or assets of a person engaged in manufacturing which has annual net sales or total assets of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more;

(II)any voting securities or assets of a person not engaged in manufacturing which has total assets of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person which has total assets or annual net sales of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more; or

(III)any voting securities or assets of a person with annual net sales or total assets of \$100,000,000 (as so adjusted and published) or more are being acquired by any person with total assets or annual net sales of \$10,000,000 (as so adjusted and published) or more.

In the case of a tender offer, the person whose voting securities are sought to be acquired by a person required to file notification under this subsection shall file notification pursuant to rules under subsection (d).

.....

Nos EUA, para que as partes envolvidas num ato de concentração tenham a obrigação de notificar o DOJ e o FTC, alguns requisitos devem ser preenchidos, conforme as regras acima estipuladas. Todavia, necessitamos ler a regra acima exposta junto com outras normas presentes no HSR Rules, uma lei complementar ao HSR Act, que define e descreve alguns conceitos importantes do HSR Act. “A prática e o procedimento nos termos do HSR Act são regidos por ele mesmo e pelas regras de notificação de *premerger* (HSR Rules)”⁷⁴.

⁷⁴ “Practice and procedure under the HSR Act are governed by the act itself and by the Premerger Notification Rules (HSR Rules)”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 138.

A primeira regra dispõe que a pessoa adquirente, ou a pessoa adquirida, esteja engajada no comércio ou em alguma atividade que afete o comércio. Esta regra serve para expressar que apenas as empresas participantes do comércio estão sujeitas ao controle de concentração americano. Ademais, no controle de concentração norte-americano, há uma necessidade de aquisição de títulos com poder de gerência, ou seja, a aquisição de títulos, num aspecto *lato sensu*, sem poder de voto não apresenta o dever de notificação.

“A primeira pergunta é se haverá uma aquisição, seja de títulos com direito a voto, participações não corporativas (como LLC ou participações de parcerias limitadas) ou ativos. (Definições de valores mobiliários com direito a voto, participações não corporativas e ativos são fornecidos no §801 do *HSR Rules*). Se a operação não envolver uma aquisição, por exemplo, se envolver apenas a formação de uma parceria, não será necessário notificar. Também não há necessidade de notificar se a aquisição é de ações sem direito a voto, opções ou opções para comprar ações. No entanto, pode ser necessário notificar sobre a conversão da ação em status de voto ou o exercício da opção”⁷⁵.

Apesar do *HSR Rules* dispor sobre algumas regras importantes de definição de títulos para o controle de concentração norte-americano, ainda se mostra possível haver dúvidas se a aquisição de determinados títulos seja considerada uma concentração ou não. Nesses casos, o aspecto material da concentração se sobrepõe às definições legais formais.

Também não faz diferença segundo o estatuto se a concentração é uma aquisição de ações, uma aquisição de ativos ou uma fusão estatutária direta. Nem faz diferença se as entidades envolvidas são tecnicamente uma ‘corporation’ ou se operam como parcerias, joint ventures ou algum outro tipo de entidade comercial⁷⁶.

Realça-se, a partir deste sentido, o princípio da irrelevância das formas.

[...] Um dos importantes princípios do Direito da Concorrência, que é o da irrelevância das formas, segundo o qual, sempre que as partes constituírem um ente econômico autônomo, tal operação deve ser considerada um ato de concentração, independentemente das formas jurídicas utilizadas para se chegar a tais resultados⁷⁷.

Dessa forma, não há uma subordinação do Direito Concorrencial perante conceitos do Direito Comercial ou outros ramos do Direito, destacando a concepção material/prática da

⁷⁵ “The first question is whether there will be an acquisition, either of voting securities, non-corporate interests (such as LLC or limited partnership interests), or assets. (Definitions of voting securities, non-corporate interests, and assets are provided in §801 of the *HSR Rules*). If the transaction does not involve an acquisition, e.g., if it involves only the formation of a partnership, there will be no need to file. Nor is there a need to file if the acquisition is of non-voting shares, an option, or options to purchase shares. Reporting may be required, however, upon the conversion of share to voting status or upon the exercise of options”. BORDER, Douglas. ***U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction***. New York: Oxford University Press, 2010. p. 141.

⁷⁶ “It also makes no difference under the statute whether the merger is a stock acquisition, an assets acquisition, or a straight statutory merge. Nor does it make a difference whether the entities involved are technically Corporation or operate as partnerships, joint ventures, or some other type of business entity”. SHENEFIELD, John H.; STELZER, Irwin M. ***The Antitrust Laws: a primer***. Washington D. C.: The AEI Presse, 2001. p. 57-58.

⁷⁷ FRAZÃO, Ana. ***Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas***. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 116.

concentração de empresas e o princípio da irrelevância das formas criado pelo Direito Concorrencial norte-americano.

A fim de saber se um ato jurídico é considerado um ato de concentração para o controle de concentração norte-americano, Douglas Border cria um esquema com três perguntas.

“A determinação inicial para a notificação requer que cada parte responda a três perguntas: (1) A transação envolve uma aquisição de títulos com direito a voto, participações não corporativas (como parceriais (*partnership*) ou *LLC interests*) ou ativos? (2) As partes preenchem o ‘*size-of-the-parties*’ test? (3) A aquisição satisfaz o ‘*size-of-the-transaction*’ test de US\$ 50 milhões? Se a resposta para a primeira questão ou a última pergunta for não, a concentração não deverá ser notificada. Se as respostas forem sim e a resposta para a segunda pergunta for não, mas o tamanho da operação exceder US\$ 200 milhões ou se as respostas para todas as três perguntas forem afirmativas, a concentração deverá ser notificada, a menos que a transação ou as partes se qualifiquem para uma ou mais das isenções específicas dos requisitos do *HSR Act*”⁷⁸.

A primeira pergunta se refere à regra vista anteriormente sobre aquisição de títulos com direito a voto, participações não corporativas ou ativos. Já a segunda pergunta, ‘*size-of-the-parties*’, assemelha-se ao teste que realizamos no Direito Concorrencial brasileiro – os critérios de valor de faturamento. E a terceira e última pergunta, ‘*size-of-the-transaction*’, é um critério que diz respeito ao valor da transação, ou valor da operação, e que não há igual no Direito brasileiro. Portanto, uma vez examinada a regra da aquisição de títulos que materialize uma concentração, analisaremos a § 18A(a) de uma forma distinta das três perguntas do Douglas Border, seguindo a formulação da seção.

Primeiramente, devemos realizar uma divisão entre os atos de concentração. O critério inicial que se deve analisar é o do valor da transação (‘*size-of-the-transaction*’), o valor que a pessoa adquirente deteria da pessoa adquirida como resultado da aquisição. “As regras [presentes no *HSR Rules*] contêm orientações sobre como avaliar ações, participações não corporativas, ativos e sobre a agregação de ações, participações não corporativas e ativos adquiridos na mesma operação ou numa série de operações”⁷⁹. Ou seja, de modo geral, esse

78 “The initial determination of reportability requires each party to answer three questions: (1) Does the transaction involve an acquisition of voting securities, non-corporate interests (such as *partnership* or *LLC interests*) or assets? (2) Do the parties meet the ‘*size-of-the-parties*’ test? (3) Does the acquisition satisfy the \$50 million ‘*size-of-the-transaction*’ test? If the answer to the first or last questions is no, the transaction is not reportable. If the answers are yes and the answer to the second question is no but the size of the transaction exceeds \$200 million or if the answers to all three are yes, the transaction is reportable unless the transaction or the parties qualify for one or more of the specific exemptions from the *HSR Act*’s reporting requirements”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 141.

79 “The rules contain guidance on how to value stock, non-corporate interests, and assets and on the aggregation of stock, non-corporate interests, and assets being acquired in the same transaction or in a series of transaction”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 142.

critério busca avaliar o tamanho da operação de concentração e não o tamanho das empresas que estão se concentrando. Se o objetivo dos critérios de notificação obrigatória é realizar uma seleção dos atos de concentração “mais importantes”, isto é, os casos que apresentam os maiores riscos de danos à concorrência e aos consumidores, é também possível de realizar essa seleção a partir da ótica do valor de transação de uma concentração. Normalmente, há uma correlação entre tamanho das empresas – valor de faturamento – e o valor da transação, uma vez que quanto maior o faturamento de uma empresa, maior seria o valor que esta empresa possui para adquirir outras empresas. Todavia, como veremos no capítulo 4, essa correlação está perdendo sentido no século XXI com a “digitalização da economia”. Não obstante a este fato, os EUA apresentam tanto o critério do tamanho das empresas quanto o critério do valor da transação ou valor da operação. E, dessa forma, em relação aos valores de transação de um ato de concentração, podemos imaginar três cenários: (i) um ato de concentração com valor de transação menor do que U\$ 50 milhões, (ii) um ato de concentração com valor de transação maior do que U\$ 50 milhões e menor do que U\$ 200 milhões ou (iii) um ato de concentração com valor de transação maior do que U\$ 200 milhões.

Em relação ao caso (i) (ato de concentração com valor de transação menor do que U\$ 50 milhões), esse ato de concentração não precisa ser notificado ao DOJ ou FTC, isto é, qualquer fusão, ou aquisição de uma empresa por outra, que apresente um valor de transação menor do que U\$ 50 milhões, é diretamente permitido pelo Direito Concorrencial norte-americano. Entende-se que concentrações de empresas com valores de transação menores do que U\$ 50 milhões até podem ser capaz de deter poder suficiente para causar danos e prejuízos ao mercado e consumidores, todavia esses danos serão baixos e não necessitam de uma análise prévia de concentração. Ou seja, a concentração, ou não seria capaz de apresentar danos, ou os danos que porventura irão ser causados no futuro não são grandes o suficiente para apresentar uma preocupação antitruste. Esses atos de concentração não precisam ser notificados, pois não há regra expressa na parte 2 da seção 7A e, visto que não há regra obrigando, os casos são livres para serem efetivados, não estando dentro do escopo do *Merger Control Regime* norte-americano.

Em relação ao caso (iii) (valor de transação maior do que U\$ 200 milhões), a regra também é simples. Conforme a regra estipulada na 2 (A) da seção 7A, os casos de ato de concentração que apresentem um valor de transação de mais de U\$ 200 milhões são de notificação obrigatória. “[...] se uma operação é avaliada em U\$ 200milhões ou mais, a

operação é notificável sem levar em consideração o tamanho das partes”⁸⁰. Ou seja, por exemplo, se uma empresa adquirir mais do que U\$ 200 milhões em ações ordinárias de outra empresa, essa concentração deverá ser notificada as agências norte-americanas. Devido ao alto valor de transação desta operação, se essa concentração causar algum dano ao mercado ou consumidores, presume-se que esses danos serão altíssimos, obrigando o Estado a prestar uma devida atenção a esses casos. Dessa forma, diferentemente do Direito Concorrencial brasileiro, o critério para a notificação obrigatória desses casos que envolvam grandes operações e grandes empresas com maior aporte financeiro é o valor da transação, o valor de aquisição de uma empresa por outra, não existindo esta regra na Lei 12.529/11. Portanto, ao mesmo tempo em que se pode afirmar que concentrações com valores de transação baixos (menor do que \$50 milhões) não são notificados, concentrações com valores de transação altos (maior do que \$200 milhões, conforme a seção 7A(2)(a), são de notificação obrigatória, independentemente de outros requisitos.

Por fim, há o caso (ii) (ato de concentração com valor de transação maior do que U\$ 50 milhões e menor do que U\$ 200 milhões) que apresenta a regra mais complexa dos casos de notificação obrigatória norte-americana, as regras presentes na (B), (ii), (I), (II) e (III). Neste caso, além do critério de valor de transação (> U\$ 50 milhões e < U\$ 200 milhões), as duas empresas envolvidas na operação devem passar pelo *'size-of-person' test* (ou *'size-of-the-parties' test*), teste similar à regra atual da Lei 12.529/11 brasileira. Neste teste, ao menos uma pessoa deve ter um valor de ativos maior do que U\$ 10 milhões (se a empresa for dos setores de fabricação, o teste de U\$ 10 milhões é realizado, ou para o valor de ativos, ou para o valor de vendas líquidas anuais), enquanto a outra pessoa deve ter um valor de ativos maior do que U\$ 100 milhões (ou valor de vendas líquidas anuais se for uma fabricante). “As regras (presentes no *HSR Rules*) fornecem definições e orientações sobre como calcular esses números para empresas, parcerias, outras entidades e indivíduos e sobre o pedido para *joint ventures corporations*”⁸¹. Se as duas empresas apresentarem valores de ativos maiores do que os valores descritos acima, o ato de concentração deve ser obrigatoriamente notificado ao FTC e DOJ. Justifica-se essa regra no sentido de que essas empresas são grandes empresas, porém a operação não é tão grande quanto à operação do caso (iii). Dessa forma, se em determinado ato de concentração não houver a participação de uma empresa com um valor de

80 “[...], if a transaction is valued at \$ 200 million or more, it is reportable without regard to the size of the parties”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 142.

81 “The rules provide definitions and guidance on how to calculate these figures for corporations, partnerships, other entities, and individuals an on their application for joint venture corporations”. BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 142.

ativos maior do que U\$ 100 milhões ou, ainda que haja uma empresa com este aporte financeiro, esta empresa está adquirindo uma empresa relativamente pequena, com valor de ativos menor do que U\$ 10 milhões, entende-se que a reunião dessas duas empresas não seria capaz de causar problemas concorrenciais ao mercado ou aos consumidores, seja porque uma empresa não seja tão grande, seja porque uma empresa seja demasiadamente pequena, e, por conseguinte, não há a necessidade de notificar tais atos. Esse ‘*size-of-person*’ test, apesar de utilizar ou valor de ativos ou valor de vendas líquidas anuais, pode ser comparado à regra brasileira dos R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões presente no artigo 88, incisos I e II da Lei 12.529/11, uma vez que analisa o tamanho e aporte financeiro das pessoas envolvidas no AC. Ainda que o valor de ativos não seja sinônimo de faturamento, o valor de vendas líquidas anuais, dependendo da regra e conceito contábil utilizado, pode ser entendido como faturamento. Todavia, o objetivo das duas regras (ativos ou faturamento) é dimensionar o tamanho das partes a fim de saber se elas são grandes o suficiente para serem selecionadas e terem seus atos de concentração examinados pelas autoridades concorrenciais competentes.

No ano 2000, houve uma emenda ao HSR Act, introduzindo o ajuste anual nos valores descritos na seção 7A, razão pela qual os valores disposto no texto apresentam ao seu lado a expressão “ajustado e publicado”. Logo, anualmente, o FTC atualiza esses valores com base na inflação do ano anterior e publica essa nova norma, alterando os valores a qual a seção se refere. Desse modo, apesar de estar escrito U\$ 200 milhões na seção, em 2019, o valor de transação no qual todos os atos de concentração devem ser notificados é de U\$ 359,9 milhões, conforme ajuste do FTC em março de 2019⁸². Para 2019, os valores limiares de U\$ 50 milhões, U\$ 10 milhões e U\$ 100 milhões são, respectivamente, os valores de U\$ 90 milhões, U\$ 18 milhões e U\$ 180 milhões⁸³ - os valores ajustados já estão por volta de 80% maiores do que os valores disposto na lei. Com esta medida, corrige-se e se atualiza os valores monetários, seguindo a vontade e imposição do legislador na data da promulgação da lei, identificando esta correção como um ato de justiça conforme a concordância com a vontade do legislador. Prática esta que, por racionalidade econômica, dever-se-ia ser adotado no

⁸² Os valores podem ser encontrados no site do FTC, onde que, todos os anos, eles atualizam e publicam esses novos patamares. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2019/03/hsr-threshold-adjustments-reportability-2019> >. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸³ Para fins de comparação com o Direito Concorrencial brasileiro, utilizando a taxa de câmbio comercial do dia 10/11/2019, no qual \$ 1 vale R\$ 4,16, os valores em reais de \$ 200 milhões, \$ 90 milhões, \$ 18 milhões e \$ 180 milhões equivalem, respectivamente, a R\$ 833 milhões, R\$ 374 milhões, R\$ 75 milhões e R\$ 750 milhões. Apesar do Direito Concorrencial norte-americano utilizar o critério de valor de faturamento, a metodologia do cálculo é diferente. Porém, podemos comparar, de grosso modo, os faturamentos de “*size-of-person*” de R\$ 74,9 milhões (U\$ 18 milhões) e R\$ 749,4 milhões (U\$ 180 milhões) com os valores brasileiros de R\$ 75 milhões e R\$ 750 milhões dos incisos I e II do art. 88, mostrando a conformidade dos valores brasileiros com os valores norte-americanos.

Brasil, uma vez que não se está modificando o valor real da operação, apenas o valor nominal. Com a correção inflacionária, o objetivo do legislador ao estabelecer aquele valor segue-se sendo cumprido, porquanto, se não corrigir o valor anualmente pelo percentual inflacionário, o valor, com o passar do tempo, se defasa ao valor pretendido no momento da elaboração da norma, caracterizando por ser um desvio do objetivo originário do legislador. No Brasil não se atualiza os valores de R\$750 milhões e R\$ 75 milhões desde o ano de 2011. Se corrigirmos pela inflação acumulada a partir de 2012, esses valores, para o mês de outubro de 2019, deveriam ser de R\$ 1,155 bilhão e R\$ 115 milhões, respectivamente⁸⁴.

Portanto, em todos os atos de concentração que acontecem nos EUA, primeiro se averigua se há a aquisição de títulos com direito a voto, ativos ou outros títulos semelhantes, conforme a disposição geral expressa na *HSR Act* e *HSR Rules*. Após a confirmação de que tal aquisição, examina-se o valor de transação do AC. A partir do valor de transação encontrado, ou a notificação não é necessária (caso (i)), ou a notificação é necessária (caso (iii)), ou necessita-se realizar um *size-of-person test* e, dependendo do valor de ativos das empresas envolvidas, a notificação é, ou não, obrigatória (caso (ii)). Assim, os EUA apresentam como critério principal para a notificação obrigatória o critério de valor de transação (preferimos chamar este critério por valor de transação, uma vez que ele não é exatamente igual ao critério de valor de operação presente no Direito Concorrencial alemão e austríaco, como veremos nos próximos subcapítulos), porém, se o valor da transação for entre \$50 milhões e \$200 milhões (ou U\$90 milhões e U\$359,9 milhões para os valores de 2019), utiliza-se o critério de faturamento/ativos um pouco diferente do critério brasileiro, pois o primeiro valor que se calcula é a soma de ativos da empresa. E, diversamente do Brasil, não há uma regra discricionária, como § 7º do art. 88, em que as agências americanas detêm o poder de requerer a submissão do ato de concentração a despeito de que os requisitos de notificação obrigatória não estão previstos. As agências americanas são totalmente passivas as regras da seção 7A do *Clayton Act*.

Antes de concluirmos que um ato de concentração deve ser notificado perante as agências federais norte-americanas, uma vez que esta operação preencheu os critérios de valor de transação ou valor de faturamento da seção §7A do *Clayton Act*, necessita-se olhar a alínea (c) da seção 7A. Nesta alínea, há 12 exceções trazidas por lei que, mesmo preenchendo os

⁸⁴ Para chegar neste resultado, multiplica-se o valor de R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões da Portaria Interministerial nº 994 pela a inflação acumulada do IPCA de 2012 até outubro de 2019, chegando aos resultados de R\$ 1.154.350,57 e R\$ 115.435,06. Conforme dados do IBGE, o IPCA de 2012 foi de 5,84%, o IPCA de 2013 foi de 5,91%, o IPCA de 2014 foi de 6,41%, o IPCA de 2015 foi de 10,67%, o IPCA de 2016 foi de 6,29%, o IPCA de 2017 foi de 2,95%, o IPCA de 2018 foi de 3,75% e o IPCA acumulado do ano até outubro de 2019 foi de 2,60%. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php> >. Acesso em: 06 nov. 2019.

critérios para a notificação obrigatória, não são sujeitas ao controle de concentração norte-americano. Conforme Border⁸⁵, há discussões doutrinárias e legislativas sobre essas exceções e a disputa entre políticas econômicas e industriais e políticas antitruste.

Finalizamos a análise do controle de concentração e os critérios para a notificação obrigatória do Direito Concorrencial norte-americano e passamos para a análise do Direito Comunitário da Concorrência. Por fim, identificamos algumas peculiaridades nesta jurisdição, se comparada à jurisdição brasileira, e concluímos que os critérios utilizados para a notificação obrigatória nos EUA são os critérios de valor de transação e valor de faturamento, apesar deste último ser levemente distinto ao critério do valor de faturamento brasileiro.

3.1.2 A NOTIFICAÇÃO NO DIREITO COMUNITÁRIO DA UNIÃO EUROPEIA

A fim de entendermos o Direito Concorrencial aplicado no Direito Comunitário, necessitamos compreender, ao menos, ligeiramente o *modus operandi* jurídico da União Europeia. A União Europeia é o maior bloco econômico existente no presente momento, apresentando a maior integração de países soberanos, seja ela econômica, caracterizada pela moeda única “Euro” (não adotado por todos os países), seja ela política, caracterizada pelo Parlamento, Tratados e processos legislativos de criação de normas supranacionais. “A EU é a sucessora da Comunidade Europeia (CE); e o TFEU é o sucessor do Tratado que estabelecia a União Europeia (‘o Tratado CE’, o qual era por si só o sucessor do Tratado que estabelecia a Comunidade Econômica Europeia)”⁸⁶. Isto é, a criação da UE se deu por um longo processo histórico, após a destruição causada pela Segunda Guerra Mundial nos seus Estados Membros, começando como um bloco puramente econômico – a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço de 1957 – e finalizando no modelo atual adotado.

Nos dias de hoje,

a União Europeia é estabelecida por dois tratados: o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (formalmente conhecido com o Tratado de Roma). Existem, atualmente, 28 Estados Membros da EU⁸⁷.

⁸⁵ BORDER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 143-146.

⁸⁶ “The EU is the successor of the European Community (EC); and the TFEU is the successor of the Treaty establishing the European Community (‘the EC Treaty’, which was itself the successor of the Treaty establishing the European Economic Community)”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 443. (tradução nossa).

⁸⁷ “The European Union is established by two Treaties: the Treaty on European Union (‘TEU’) and the Treaty on the Functioning of the European Union (‘TFEU’) (formerly known as the Rome Treaty). There are currently

Esses dois tratados são entendidos como a Constituição da UE. Contudo, a partir das suas três principais instituições (o Parlamento, a Comissão e o Conselho), a UE tem o poder de legislar e criar outras normas. Dessa forma, o TFUE determina a competência da UE e dos Estados Membros de legislar: o artigo 3º dispõe as matérias que a UE detém competência exclusiva, o artigo 4º dispõe as matérias que a UE e os Estados Membros detém competência compartilhada e o artigo 5º dispõe as matérias que a União detém competência apenas para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados Membros (denominada de competência apoiada, uma vez que os Estados Membros que possuem a competência original para a legislação dessas matérias). E, no artigo que trata sobre a competência exclusiva (artigo 3º⁸⁸), temos, como exemplo, o “estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno”, ou seja, somente a União Europeia pode normatizar sobre casos concorrenciais que envolvem o mercado interno da EU. Todavia, para casos nacionais – envolvendo apenas os Estados Membros e não ultrapassando as suas fronteiras -, os Estados Membros continuam com a competência legislativa no Direito Concorrencial. Dessa forma, há a existência do Direito Concorrencial comunitário e o Direito Concorrencial doméstico de cada país, vivendo conjuntamente e existindo regras de competência para saber se os casos concretos serão julgados a partir da lei europeia ou a partir da lei doméstica. Neste mesmo sentido:

Todos os Estados Membros da EU têm sistemas próprios de Direito Concorrencial, em grande parte modelados pelos artigos 101 e 102. Alguns Estados Membros requerem que a legislação doméstica devesse ser interpretada consistentemente com as regras da EU, deste modo reforçando o alinhamento da EU e das legislações doméstica⁸⁹.

Esta regra de distinção de competência dependendo da dimensão do caso também vale o controle de concentração. Como veremos a seguir, apenas as concentrações que tenham uma

28 *Member States of the EU*. WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 50. (tradução nossa).

⁸⁸ Artigo 3.o

1. A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios:

a) União aduaneira;

b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno (grifo nosso);

c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro;

d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas;

e) Política comercial comum.

2. A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.

⁸⁹ “All the Member State of the EU have systems of competition law, in large part modeled upon Articles 101 and 102. Some Member States require that domestic law should be interpreted consistently with the EU rules, thereby reinforcing the alignment of EU and domestic laws”. WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 75. (tradução nossa).

dimensão comunitária serão analisadas pela EU, caso contrário, cada país realizará o seu próprio controle de concentração conforme a sua legislação concorrencial doméstica. E, ainda que a UE seja o bloco econômico mais desenvolvido e integrado de todos, haverá sempre a possibilidade de um problema de cunho jurídico, uma vez que, dentro do mesmo território, há dois ordenamentos jurídicos distintos.

Apesar de haver um alto grau de convergência entre EU e as legislações domésticas concorrenciais, a possibilidade permanece de que possa se obter diferentes resultados, dependente de qual sistema jurídico for aplicado. Em alguns casos a lei doméstica pode ser mais generosa do que a lei da EU, em outros pode ser mais rigorosa⁹⁰.

Entendo essas idiossincrasias de ordenamento jurídico presentes nos Estados-Membros da UE, passamos para análise do Direito Concorrencial Comunitário em si. Em relação às regras concorrenciais da UE, temos que:

As principais regras concorrenciais contidas no TFUE, os artigos 101 e 102, são, principalmente, direcionadas ao controle das condutas das firmas (ou ‘*undertakings*’) ao invés das trocas de estruturas do mercado. Tampouco menciona explicitamente fusões e aquisições⁹¹.

Assim sendo, apenas o controle de condutas está regulado pelo TFUE – o artigo 101 para os casos de cartéis e demais práticas de conluio e o artigo 102 para atos unilaterais de posição dominante. “O sistema de controle de concentração da UE está contido no Regulamento das Concentrações Comunitárias da EU, Regulamento (CE) nº 139/2004 (‘o EUMR’)⁹²”.

O controle de concentração europeu, assim como os controles de concentração da maioria das jurisdições, é posterior às primeiras regras concorrências de controle de conduta –

⁹⁰ “*Even though there is a high degree of convergence between EU and domestic competition law, the possibility remains that there could be different outcomes depending on which system of law is applied. In some cases domestic law may be more generous than EU law; in others it may be stricter*”. WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 75-76. (tradução nossa).

⁹¹ “*The main competition rules contained in the TFEU, Articles 101 and 102, are primarily directed at controlling the conduct of firms (or ‘undertakings’) rather than at changes to the structure of the market. Neither explicitly mentions mergers*”. LASOK, P. E. Q. C; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p.443. (tradução nossa). No mesmo sentido: “*EU competition law is contained in Chapter 1 of Title VII of Part Three of the TFEU and consists of: (i) Article 101 (1) which prohibits agreements, decisions by associations of undertaking and concerted practices that have as their object or effect the restriction of competition, although this prohibition may be declared inapplicable where the condition in Article 101(3) are satisfied; (ii) Article 102 which prohibits the abuse by an undertaking or undertakings of a dominant position; (iii) Article 106 (1) which imposes obligation on Member States in relation to the Treaty generally and the competition rules specifically, while Article 106(2) concerns the application of the competition rules to public undertakings and private undertakings to which a Member State entrusts particular responsibilities; (iv) Article 107 to 109 which prohibit state aid to undertakings by Member States that might distort competition in the internal Market*”. WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 51. (tradução nossa).

⁹² “*The EU system of merger control is contained in the EU Merger Regulation, Regulation 139/2004 (‘the EUMR’)*”. WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 848. (tradução nossa).

regras essas que originaram os atuais artigos 101 e 102 do TFEU. Em relação à história do controle de concentração comunitário:

A Comissão das Comunidades Europeias, como era então chamada ('a Comissão'), propôs pela primeira vez uma regulamentação sobre o assunto [controle de concentração] em 1973. Somente em 1989, porém, esse acordo pode finalmente ser alcançado entre os Estados Membros. O resultado foi à adoção do Regulamento do Conselho (CEE) n° 4064/89, que foi posteriormente alterado em 1997 e foi substituído em 2004 por um novo Regulamento n° 139/2004, modificando e consolidando ainda mais o sistema da UE de controle de concentrações⁹³.

Especificamente sobre as mudanças trazidas no novo Regulamento de controle de concentração de 2004, se comparado ao regulamento antigo de 1989, José Maria Arruda de Andrade comenta que houve uma aproximação, uma convergência, entre o Direito Concorrencial comunitário e norte-americano, identificando a onda que ficou conhecida na Europa do *more economic approach* do Direito europeu.

O teste anterior (teste do critério de proibição de um AC do Regulamento de 1989) tinha a função de evitar a criação ou reforço de posição dominante, ao passo que o novo busca impedir que concentrações gerem limitações à concorrência, além da preocupação com o reforço ou criação de posição dominante⁹⁴.

Nos mesmos moldes do controle de concentração brasileiro e norte-americano, há dois exames que devem ser feitos antes de se realizar a análise do controle de concentração. O primeiro exame é saber se aquela operação é um ato de concentração ou, conforme o artigo 3° da EUMR, se é apenas uma “concentração”⁹⁵. Após concluirmos de se tratar de uma concentração, partimos para a segunda análise: “o sistema de controle de concentração da EU

⁹³ “The Commission of the European Communities, as it then was ('the Commission') first proposed a regulation on the subject in 1973. It was not until 1989, however, that agreement could finally be reached among the Member States. The result was the adoption of Council Regulation (EEC) No. 4064/89, which was subsequently amended in 1997, and was replaced in 2004 by a new Regulation No. 139/2004, further modifying and consolidating the EU system of merger control”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 444. (tradução nossa). No mesmo sentido: “Apenas em 1989, a então Comunidade Econômica Europeia (hoje, União Europeia) emanou disciplina específica sobre a concentração de empresas. Essa regulamentação, tardia em relação aos Estados Unidos, nada tem de acidental, pois “a concentração de empresas era considerada (...) como instrumento que permitia adaptar a dimensão das empresas ao alargamento da zona econômica, suposto de implicar, entre outras, economias de escala””. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 409.

⁹⁴ ANDRADE, José Maria Arruda de. Reflexões sobre o *More Economic Approach* no Direito Concorrencial Europeu. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018. p. 108.

⁹⁵ “O artigo 3° define, à luz do Direito Concorrencial comunitário, uma concentração (um ato de concentração, conforme a nomenclatura brasileira). Contudo, pensamos não haver sentido em apresentar tal definição, uma vez que ela apresenta um alto grau de complexidade em decorrência das definições mais precisas e de suas exceções. Mas, o artigo 3(1), nos apresenta a regra geral, regra bastante similar à brasileira no sentido de definir como concentração as operações de fusões e aquisições de controle de uma empresa por outra: “Artigo 3.o Definição de concentração. 1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da: a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas”.

requer que as concentrações tenham uma **dimensão comunitária** para ser pré-notificada para a Comissão; é ilegal consumar a concentração sem a prévia liberação da Comissão... (**grifo nosso**)”⁹⁶. Destarte, a distinção para saber se um ato de concentração é de competência da UE ou dos Estados Membros é averiguar se o caso em questão tem uma dimensão comunitária (*Union dimension*), uma vez que “no núcleo do sistema de controle de concentrações da UE está o princípio do “*one-stop-shop*”⁹⁷98.

Este sistema se aplica a “concentrações” com uma “dimensão comunitária”. Concentrações que não atendam a esses critérios jurisdicionais são, na maioria dos casos, analisadas sob as regras nacionais de controle de concentração aplicáveis. As concentrações que satisfazem os critérios estão, na maioria dos casos, sujeitas ao controle exclusivo ao nível da UE (sob o chama princípio do “*one-stop-shop*”) ⁹⁹.

No mesmo sentido,

Se uma concentração tem ou não uma dimensão comunitária é determinado por uma referência ao faturamento das empresas envolvidas na concentração. Onde uma concentração apresentar uma dimensão comunitária, a Comissão terá jurisdição exclusiva em relação ao caso: este é o princípio do ‘*one-stop merger control*’¹⁰⁰.

Como veremos a seguir, o Direito Concorrencial comunitário apresenta essa particularidade de apenas analisar os atos de concentração que tiverem uma dimensão comunitária. Todavia, o exame que se faz nos atos de concentração europeu para saber se há a dimensão comunitária é o mesmo exame das outras jurisdições para saber se há necessidade de notificação obrigatória. “Concentrações às quais as regras da UE são aplicadas estão sujeitas à pré-notificação obrigatória. Devem ser notificadas à Comissão e não podem ser postas em prática até que a Comissão tome uma decisão sobre elas”¹⁰¹ e “se esses dois

⁹⁶ “*The EU system of merger control requires mergers that have a Union dimension to be pre-notified to the Commission; it is unlawful to consummate a merger without a prior clearance from the Commission (there are some minor exceptions to this proposition)*”. WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 849. (tradução nossa).

⁹⁷ “*At the core of the EU system of merger control is the one-stop-shop principle*”. LASOK, P. E. Q. C; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 458. (tradução nossa).

⁹⁸ O princípio do *one-stop-shop* ou *one-stop merger control* está previsto no artigo 21(3), o qual dispõe que: “os Estados-Membros não podem aplicar a sua legislação nacional sobre a concorrência às concentrações de dimensão comunitária”.

⁹⁹ “*That system applies to ‘concentrations’ having a ‘Community dimension’. Mergers not meeting those jurisdictional criteria fall, in most cases, to be considered under any applicable national merger control rules. Those mergers which meet the criteria are, in most cases, subject to exclusive control at the EU level (under the so-called ‘one-stop-shop principle’)*”. LASOK, P. E. Q. C; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 445.(tradução nossa).

¹⁰⁰ “*Whether or not a merger has a Union dimension is determined by reference to the turnover of the undertakings concerned in a transaction. Where a merger has a Union dimension the Commission has sole jurisdiction in relation to it: this is the principle of ‘one stop merger control’*”. WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 849 (tradução nossa).

¹⁰¹ “*Mergers to which the EU rules apply are subject to compulsory pre-notification. They must be notified to the Commission, and may not be put into effect until the Commission has reached a decision upon them*”.

critérios [ser uma concentração, conforme o art. 3º, e apresentar uma dimensão comunitária, conforme o art. 1º] forem preenchidos, a concentração deve ser notificada à Comissão”¹⁰². Ou seja, se o AC preencher os requisitos da dimensão comunitária, a sua notificação será obrigatória a Comissão Europeia. A diferença que se tem para as outras jurisdições é que, se o ato de concentração não apresentar a dimensão comunitária, a Comissão não terá competência, *prima facie*, para a sua análise, contudo não se retira a competência da análise do AC pelas legislações domésticas de concorrência. Portanto, é totalmente possível que um caso envolvendo uma fusão de duas empresas francesas não apresente dimensão comunitária, conforme o art. 1º do EUMR, por conseguinte, não haverá a obrigação da notificação perante a Comissão. Mas este mesmo caso, segundo a legislação concorrencial francesa, pode ser obrigado a apresentar a notificação perante *Autorité de la Concurrence* (órgão antitruste francês) – devendo sempre averiguar o ordenamento jurídico doméstico dos Estados Membros. Dessa forma, interpreta-se a ideia da dimensão comunitária como os requisitos necessários para que um AC, que acontece dentro de um dos 28 Estados Membros, seja analisado a partir do ordenamento jurídico da UE, especialmente pela Comissão e o DG Comp.

A Comissão da UE é órgão responsável pelo controle de concentração comunitário, em particular, um departamento da Comissão Europeia – o *Directorate-General for Competition (DG Comp)*.

Nos termos do Regulamento das Concentrações (EUMR), a Comissão é o órgão a quem as notificações e reclamações devem ser feitos. É também o órgão responsável por investigar e decidir sobre a legalidade de uma fusão e aquisição, a não ser, como indicado acima, a matéria tenha sido referida por autoridades de um Estado Membro. A Comissão é completamente independente e os seus membros são proibidos de buscar e receber instruções de qualquer governo, instituição, órgão, escritório ou entidade¹⁰³.

Portanto, a Comissão, assim como o CADE, é o órgão que analisa, investiga e apresenta um primeiro julgamento sobre os atos de concentração. No mesmo sentido,

LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 446. (tradução nossa).

¹⁰² “If those two criteria are met, a merger must be notified to the Commission”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 452. (tradução nossa).

¹⁰³ “Under the Merger Regulation, the Commission is the body to whom notifications and complaints are to be made. It is also the body responsible for investigating and deciding on the lawfulness of a merger or concentration unless, as indicated above, the matter has been referred to the authorities of a Member State. The Commission is completely independent and its members are prohibited from seeking and taking instructions from any government, institution, body, office or entity”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 449. (tradução nossa).

A Comissão possui amplos poderes no âmbito do EUMR, incluindo o poder de proibir uma fusão na sua totalidade. Isso é raro – houve apenas 27 proibições em toda a vida do controle de concentração da EU, cinco das quais foram anuladas após recursos¹⁰⁴.

Em termos processuais, acima da Comissão Europeia, há a Corte Geral (a 2ª Instância) e, por fim, a Corte de Justiça da União Europeia (órgão judicante máximo da UE). São esses os órgãos que formam o desenho institucional concorrencial e julgam tanto os casos de condutas anticompetitivas dos artigos 101 e 102 do TFUE quanto os casos de atos de concentração do EUMR.

Já em relação aos prazos e a forma processual do controle de concentração europeu, é o artigo 10¹⁰⁵ do EUMC que os disciplinam. Como regra geral, similar ao *modus operandi* norte-americano, no Direito Concorrencial comunitário existem a “*Phase I*” e a “*Phase II*”. A *Phase I* começa no primeiro dia útil após a notificação do AC perante a Comissão. O DG Comp detém 25 dias úteis, podendo ser estendido para 35 dias úteis, para realizar uma análise prévia do mercado e um prognóstico da concentração e suas consequências ao mercado e consumidores. Grande maioria dos atos de concentração são arquivados nesta primeira fase, contudo, se o DG Comp entender que o AC pode apresentar problemas e danos futuros à concorrência, pode-se, discricionariamente conforme o art. 3 (3), ampliar a investigação para um prazo de 90 dias úteis, podendo ser estendido para até 125 dias úteis, entrando na *Phase II*. Nesta fase, realizar-se-á uma análise pormenorizada do caso e de previsões futuras sobre

¹⁰⁴ “The Commission has wide-ranging powers under the EUMR, including the power to prohibit a merger in its entirety. This is rare – there have been only 27 prohibitions in the entire lifetime of EU merger control, five of which were annulled on appeal”. WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 849. (nossa tradução).

¹⁰⁵ Artigo 10.o Prazos para o início do processo e para as decisões 1. Sem prejuízo do disposto no n.o 4 do artigo 6.o, as decisões referidas no n.o 1 do artigo 6.o devem ser tomadas no prazo máximo de 25 dias úteis. Esse prazo começa a correr no dia útil seguinte ao da recepção da notificação ou, caso as informações a facultar na notificação estejam incompletas, no dia útil seguinte ao da recepção das informações completas. Esse prazo é alargado para 35 dias úteis no caso de ter sido apresentado à Comissão um pedido de um Estado-Membro de acordo com o n.o 2 do artigo 9.o ou se as empresas em causa apresentarem compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado comum nos termos do n.o 2 do artigo 6.o. [...] 3. Sem prejuízo do n.o 7 do artigo 8.o, as decisões nos termos dos n.os 1 a 3 do artigo 8.o, respeitantes a concentrações notificadas, devem ser tomadas num prazo máximo de 90 dias úteis a contar da data do início do processo. Esse prazo é alargado para 105 dias úteis no caso de as empresas em causa apresentarem compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado comum nos termos do segundo parágrafo do n.o 2 do artigo 8.o, a menos que os compromissos tenham sido apresentados antes de decorridos 55 dias úteis após o início do processo. Da mesma forma, os prazos estabelecidos no primeiro parágrafo serão prorrogados caso as partes notificantes apresentem um pedido nesse sentido o mais tardar 15 dias úteis após o início do processo nos termos da alínea c) do n.o 1 do artigo 6.o As partes notificantes apenas podem apresentar um pedido desta natureza. Da mesma forma, em qualquer altura após o início do processo, os prazos estabelecidos no primeiro parágrafo podem ser alargados pela Comissão com o acordo das partes notificantes. A duração total de qualquer prorrogação ou prorrogações efectuadas em conformidade com o presente parágrafo não pode exceder 20 dias úteis. [...]6. Se a Comissão não tomar qualquer decisão nos termos das alíneas b) ou c) do n.o 1 do artigo 6.o ou nos termos dos n.os 1, 2 ou 3 do artigo 8.o, nos prazos fixados, respectivamente, nos n.os 1 e 3, presumir-se-á que a concentração é declarada compatível com o mercado comum, sem prejuízo do artigo 9.o.

como o mercado se comportará após a concentração, chegando-se a uma decisão no final das análises, seja para a sua aprovação, seja para a sua reprovação. Se a Comissão não chegar numa decisão, segundo o art. 10 (6), “a concentração é declarada compatível com o mercado comum”, por conseguinte, a Comissão é obrigada a chegar numa decisão antes da expiração dos prazos se não quiser que o AC tenha a sua aprovação tácita. Desse modo, a forma processual de análise dos atos de concentração europeu mostra-se similar ao modo de análise norte-americano.

O artigo 2º¹⁰⁶ é denominado de “apreciação das concentrações” e nele se encontra o teste SIEC – assim denominado pela doutrina. O teste SIEC (SIEC do inglês “*significantly impede to effective competition*”) é o teste que se realiza a fim de saber se um ato de concentração europeu deve ser aprovado ou reprovado. Segundo este teste, se a concentração resultar num SIEC, ou seja, se é altamente provável que a concentração “entrevie significativamente uma concorrência efetiva no mercado comum”, a concentração deverá ser reprovada. Do mesmo modo em que se procura analisar um ato de concentração brasileiro a partir da proibição do § 5º do art. 88, emprega-se o art. 2º do EUMR e o teste SIEC com o intuito de saber se aquela concentração detém uma altíssima possibilidade de criar ou intensificar uma posição dominante no mercado¹⁰⁷, tornando altamente provável a ocorrência de danos futuros e, por conseguinte, obrigando a Comissão Europeia a proibir a concentração, prevenindo que esses prováveis danos aconteçam.

Obviamente, as avaliações necessárias ao se realizar o teste SIEC dependerão das particularidades dos casos em concretos. Por isso, “a Comissão emitiu vários “*Notices*” e outras comunicações, fornecendo orientações sobre a interpretação dos seguintes aspectos do

¹⁰⁶ Artigo 2.o - Avaliação das concentrações. 1. As concentrações abrangidas pelo presente regulamento devem ser apreciadas de acordo com os objetivos do presente regulamento e com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum. Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta: a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade; b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência. 2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante. 3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

¹⁰⁷ “*Given the Significant Impediment to Effective Competition Test is met where a transaction creates or strengthens a dominant market position, [...]*”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 220.

Regulamento da Concentração [EUMR]: [...] orientações sobre a avaliação de aquisições horizontais e não horizontais”¹⁰⁸. Essas duas *guidelines*, (i) Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas (JO n° C 031/2004)¹⁰⁹ e (ii) Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas (JO n° C 265/2008)¹¹⁰, especificam os critérios utilizados nos diferentes tipos de AC com o propósito de trazer maior segurança jurídica e compreensão do controle de concentração comunitário para as partes envolvidas. Todavia, deve-se ressaltar que essa *guidelines* não apresentam a mesma força normativa que a EUMR, ou seja, a Comissão não se vincula ao que está escrito nessas orientações, mas elas apresentam, no mínimo, um norte sobre os principais aspectos que a Comissão irá examinar. Há, ainda, a discussão se as orientações das *guidelines* podem ou não gerar expectativas de direito.

Essas *Notices* e comunicações não têm o status de atos legislativos, mas são meramente indicativos da abordagem que a Comissão provavelmente adotará. Por conseguinte, são capazes de suscitar uma expectativa legítima, por parte da empresa, de que a Comissão irá seguir a linha indicada neles. Uma divergência da Comissão dos termos de uma *Notice* ou comunicação pode violar essa expectativa legítima e, portanto, ser ilegal. Nenhuma expectativa legítima pode surgir se as circunstâncias de um caso em particular não forem exatamente as contempladas na *Notice* ou comunicações em questão ou se a Comissão tiver indicado previamente que considera a *Notice* ou comunicação inaplicável¹¹¹.

Compreendendo todos esses importantes aspectos do Direito Concorrencial comunitário e, principalmente, o seu controle de concentração, passamos para a análise do artigo 1º do EUMR.

Artigo 1.o

Âmbito de aplicação

¹⁰⁸ “The Commission has issued various Notices and other communications, supplying guidance on the interpretation of the following aspects of the Merger Regulation: [...] guidelines on the assessment of horizontal mergers and non-horizontal mergers; [...]”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 449. (tradução nossa).

¹⁰⁹ Disponível em: < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&rom=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&rom=EN) >. Acesso em: 08 nov. 2019.

¹¹⁰ Disponível em: < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&rom=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&rom=EN) >. Acesso em: 08 nov. 2019.

¹¹¹ “Such Notices and communications do not have the status of legislative acts but are merely indicative of the approach that the Commission is likely to take. They are therefore capable of giving rise to a legitimate expectation, on the part of undertaking, that the Commission will follow the line indicated in them. A divergence by the Commission from the terms of a Notice or communication may breach that legitimate expectation and therefore be unlawful. No legitimate expectation may arise if the circumstances of a particular case are not exactly those within the contemplation of the Notice or communication in question or if the Commission has indicated in advance that it considers the Notice or communication to be inapplicable”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 450. (tradução nossa).

1. Sem prejuízo do n.º 5 do artigo 4.º e do artigo 22.º, o presente regulamento é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária definidas no presente artigo.

2. Uma concentração tem dimensão comunitária quando:

- a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5000 milhões de euros; e
- b) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

3. Uma concentração que não atinja os limiares estabelecidos no n.º 2 tem dimensão comunitária quando:

- a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2500 milhões de euros;
- b) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros;
- c) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e
- d) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

.....

Como visto anteriormente, o controle de concentração comunitário analisa apenas as concentrações que apresentam uma “dimensão comunitária”. Esta dimensão comunitária é dada pelo faturamento ou, conforme o texto escrito em português de Portugal, o volume de negócios, presente no art. 1 (2) e (3).

Em relação ao conceito de faturamento, no Direito Concorrencial brasileiro, utilizamos a definição proveniente do Direito Tributário. Dessa forma, a utilização do conceito não enseja em discussão doutrinária no âmbito do Direito Concorrencial e a sua averiguação não é de difícil acesso, visto que as empresas, conforme a legislação tributária pátria, apresentam um dever de contabilizar anualmente o valor de seu faturamento bruto. Todavia, em relação ao conceito de volume de negócios no Direito Concorrencial comunitário, é o artigo 5(1) da EUMR que o define, o qual expressa que:

Artigo 5.º

Cálculo do volume de negócios

1. O volume de negócios total para efeitos do presente regulamento, inclui os montantes que resultam da venda de produtos e da prestação de serviços realizadas pelas empresas em causa durante o último exercício e correspondentes às suas actividades normais, após a dedução dos descontos sobre vendas, do imposto sobre o valor acrescentado e de outros impostos directamente relacionados com o volume de negócios. O volume de negócios total de uma empresa em causa não inclui as transacções ocorridas entre as empresas referidas no n.º 4.

O volume de negócios realizado, quer na Comunidade, quer num Estado-Membro, compreende os produtos vendidos e os serviços prestados a empresas ou a consumidores, quer na Comunidade, quer nesse Estado-Membro.

Dessa forma, a regra geral é que o volume de negócios é o valor resultado da venda de produtos e das prestações de serviços realizadas pelas empresas em causa durante o último exercício. Após este primeiro parágrafo, o art. 5º apresenta exceções bem particulares a esta regra geral, como nos casos de instituições de créditos, empresas de seguro, etc. Mas a regra geral, ao definir volume de negócios, estipula a mesma ideia que, no Direito Concorrencial brasileiro, denominamos de faturamento bruto anual. Portanto, é a partir dessa definição que os valores presentes no artigo 1º da EUMR devem ser avaliados.

O artigo 1(2) estabelece o primeiro critério a fim de saber se uma concentração tem a dimensão comunitária. Conforme esta regra, uma concentração apresenta uma dimensão comunitária se: (i) os faturamentos mundiais somados das, ao menos duas, empresas que estão realizando essa concentração for maior do que € 5 bilhões e (ii) se os faturamentos somados dessas empresas que estão realizando a concentração for maior do que € 250 milhões dentro da Comunidade Europeia. Dessa forma, primeiramente, divide-se geograficamente o faturamento das empresas em questão em dentro e fora da UE. Se o valor mundial, ou seja, o faturamento dentro e fora da UE for maior do que € 5 bilhões e o faturamento apenas dentro da UE for maior do que € 250 milhões, a concentração apresenta dimensão comunitária e esta deverá ser notificado à Comissão, a qual apresentará competência para aprovar ou rejeitar a concentração.

Inicialmente, destaca-se que diferentemente do controle de concentração brasileiro e norte-americano, examina-se os faturamentos somados das empresas envolvidas e não o faturamento individual de cada parte. Ressalta-se também que esta distinção entre faturamento mundial e faturamento comunitário serve para que se examinem apenas as grandes empresas, caracterizadas pelo seu faturamento mundial, mas que tenham influência na UE, critério do faturamento comunitário, uma vez que não há sentido em analisar um ato de concentração de duas grandes empresas mundiais que não possuem influência no mercado interno europeu, visto que as consequências dessa concentração não afetariam a UE. Essa distinção entre faturamentos, de fato, apresenta uma adequada lógica econômica, impedindo que a Comissão analise concentrações sem influencia na UE, tornando o controle de concentração comunitário mais eficiente.

Por último, em relação ao artigo 1(2)(b), há uma clara exceção para que concentrações que, *prima facie*, preencheriam os requisitos de faturamento da dimensão comunitária, sejam consideradas como exceções. Concentrações que, de fato, apresentam um faturamento anual

dentro da UE maior do que € 250 milhões, mas que “cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro” não apresentam dimensão comunitária. Esta exceção diz respeito a casos específicos em que uma concentração, apesar de envolver empresas que faturem mais do que € 250 milhões dentro da UE, envolve empresas que realizam grande parte dos seus negócios (mais do que 2/3 ao menos) em um único Estado Membro. À vista disso, entendeu-se que, uma vez que as empresas estão diretamente relacionadas com um único país europeu, a Comissão não teria competência de analisar este caso, transmitindo a competência para a autoridade concorrencial do país em questão. Esta regra também deve ser valorizada, em virtude de que a autoridade concorrencial doméstica, certamente, deve apresentar um maior nível de conhecimento sobre as empresas e o seu mercado em questão, além de ser a mais interessada na decisão da concentração, aumentando a possibilidade de uma melhor decisão se tomada pela autoridade doméstica do que pela Comissão. Portanto, exemplificando, se uma empresa francesa incorporar uma empresa norte-americana e o valor somado dos seus faturamentos bruto anuais, mundialmente, ultrapassarem o valor de € 5 bilhões e, dentro da UE, os faturamentos forem de € 300 milhões, contudo € 250 milhões de faturamento apenas na França, o caso apresenta os requisitos numéricos do artigo 1(2), mas não detém uma dimensão comunitária, visto que mais 2/3 do faturamento dentro da UE é realizado em um único Estado Membro, a França. Deve-se examinar se a legislação concorrencial doméstica exige a notificação da concentração no país, no exemplo dado, se o Direito Concorrencial francês exige a notificação para a *Autorité de la Concurrence*, porém, ao menos, a Comissão não deterá competência para julgar esta concentração, pois, conforme o final do artigo 1(2)(b), este não é um caso que apresente dimensão comunitária.

Além deste parágrafo 2 do art. 1º, o parágrafo 3 também descreve um caso que uma concentração terá uma dimensão comunitária – uma regra mais complexa se comparada à regra anterior. Segundo este parágrafo, se uma concentração não atingir os valores previstos no art. 1 (2), ela ainda assim terá uma dimensão comunitária se: (i) os faturamentos mundiais somados das, ao menos duas, empresas que estão realizando essa concentração for maior do que € 2,5 bilhões; (ii) se os faturamentos somados dessas empresas que estão realizando a concentração for maior do que € 100 milhões dentro de, ao menos, 3 Estados Membros da União Europeia; (iii) se os faturamentos dessas empresas, individualmente, forem maior do que € 25 milhões em, ao menos, os mesmos 3 Estados Membros previsto na alínea anterior e (iv) se os faturamentos dessas empresas, também individualmente, forem maior do que € 100 milhões dentro da Comunidade Europeia. Numa primeira leitura, a regra parece ser

demasiadamente complicada, mas, ao analisa-la com calma, não é de difícil compreensão os seus requisitos. Passamos para a sua análise então.

Para que uma concentração apresente a dimensão comunitária pela regra do art. 1(3), é necessário que esta concentração preencha quatro requisitos cumulativos. O requisito (i) é igual ao primeiro requisito adotado no art. 1(2) – a soma dos valores dos faturamentos mundiais das empresas envolvidas. Enquanto no parágrafo anterior a soma deveria ser maior do que € 5 bilhões, neste caso a soma tem que ser maior do que € 2,5 bilhões, por conseguinte, já reparamos que a concentração do art. 1(3) envolve empresas menores se comparado à concentração das empresas do art. 1(2). O requisito (ii) dispõe que a soma dos faturamentos das empresas envolvidas devem ser maior do que € 100 milhões em, ao menos, três Estados Membros. Ou seja, se pensarmos em uma incorporação da empresa A pela empresa B, essas empresas devem apresentar uma soma de faturamentos maior do que € 100 milhões na França, maior do que € 100 milhões na Alemanha e maior do que € 100 milhões na Espanha – em três Estados Membros no mínimo. Este requisito (ii) comprovaria a importância da concentração para, ao menos, 3 Estados Membros, gerando uma preocupação ao nível supranacional. O requisito (iii) realiza um teste que, no contexto norte-americano, denominou-se de “*size-of-person*” test – teste que também realizamos no Direito Concorrencial brasileiro. Neste requisito não se examina mais a soma dos faturamentos das empresas envolvidas na concentração, mas os faturamentos individuais dessas empresas e, portanto, as empresas devem apresentar um faturamento maior do que € 25 milhões nos mesmos Estados Membros do requisito (ii). Isto é, seguindo o nosso exemplo anterior, tanto a empresa A quanto a empresa B, para passar neste requisito, devem ter obtido um faturamento maior do que € 25 milhões na Alemanha, na França e na Espanha – este requisito demonstraria que nenhuma das empresas seria demasiadamente pequena, excluindo casos em que uma empresa com um alto faturamento fosse englobado no requisito (ii) por apenas seu próprio faturamento e não a soma e relevância do faturamento da empresa incorporada. E, por fim, o requisito (iv), também analisando as empresas ao nível individual, impõe que as empresas devem ter obtido um faturamento maior do que € 100 milhões dentro da União Europeia, ou seja, tanto a empresa A quanto a empresa B devem ter faturado mais do que € 100 milhões dentro dos 28 Estados Membros da UE. Preenchido esses quatro requisitos, a concentração apresenta uma dimensão comunitária e, por conseguinte, a notificação torna-se obrigatória para a Comissão, podendo aprovar ou reprovar a operação após realizar o teste SIEC.

Por fim, ressaltamos a presença da mesma regra de exceção, anteriormente analisada, do art. 1(2)(b) no artigo 1(3)(d). Dessa forma, se as empresas, individualmente, preencherem o requisito (iv) – faturamento maior do que € 100 milhões dentro da União Europeia -, porém realizarem mais de 2/3 desse faturamento num único Estado Membro, a concentração não apresenta dimensão comunitária, posto que se entenda tratar de uma concentração mais nacional de um único Estado Membro do que uma concentração supranacional europeia.

A regra presente nesse art. 1(3) é mais complexa se comparada à regra do artigo 1(2). Enquanto neste há apenas dois critérios relativo à soma dos valores de faturamento em nível mundial e europeu, naquele, além desses dois critérios, há uma análise individual das empresas – requisitos (iii) e (iv) – a fim de não tornar necessária a notificação de uma concentração de uma empresa grande que adquire uma empresa excessivamente pequena, uma vez que esta concentração não apresentaria a possibilidade de causar danos futuros à concorrência. Dessa forma, ao passo que o art. 1(3) captura para o controle de concentração da Comissão as concentrações de grandes empresas, o art. 1(2) captura concentrações de menor porte, mas que apresenta um interesse de análise da União Europeia, visto que as empresas envolvidas estão espalhadas em, ao menos, três Estados Membros, demonstrando um interesse supranacional e uma imposição de gerência da Comissão Europeia. “O objetivo do artigo 1(3) é de dar competência à Comissão nos casos em que uma concentração não tenha uma dimensão comunitária conforme o sentido do artigo 1(2), mas, no entanto, é de se esperar que tenha um impacto substancial em pelo menos três Estados Membros”¹¹².

Esses critérios são aplicados a todos os Estados Membros da UE, todavia não são todos os Estados Membros que utilizam o Euro como moeda (atualmente, o euro é utilizado por 19 dos 28 Estados Membros). A fim de resolver este impasse, a DG Comp estabeleceu algumas regras na imposição das taxas de câmbio e metodologia de cálculo para calcular o faturamento anual, uma vez que as taxas de câmbio são variáveis e se torna de difícil cálculo o faturamento num período de 12 meses¹¹³¹¹⁴.

¹¹² “The purpose of Article 1(3) is to give jurisdiction to the Commission in cases where a concentration does not have a Union dimension in the sense of Article 1(2), but nevertheless could be expected to have a substantial impact in at least three Member States”. WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 861. (nossa tradução).

¹¹³ A taxa de câmbio e a metodologia utilizada para calcular o faturamento anual podem ser encontradas em seu site. Disponível em: < https://ec.europa.eu/competition/mergers/exchange_rates.html >. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹¹⁴ Para fins de comparação com o Direito Concorrencial brasileiro, utilizando a taxa de câmbio comercial do dia 10/11/2019, no qual € 1 vale R\$ 4,59, os valores em reais de € 5 bilhões, € 250 milhões, € 2,5 bilhões, € 100 milhões e € 25 milhões equivalem, respectivamente, a R\$ 22,9 bilhões, R\$ 1,15 bilhão, R\$ 11,5 bilhões, R\$ 459 milhões e R\$ 115 milhões. Apesar do Direito Concorrencial comunitário utilizar o critério de valor de faturamento, a metodologia do cálculo é diferente, podendo comparar apenas, de grosso modo, o faturamento de

Desse modo, uma concentração terá dimensão comunitária se satisfazer os requisitos do art. 1(2) ou art. 1(3). Contudo, há ainda algumas regras que merecessem a nossa atenção na qual a Comissão analisará uma concentração ou dispensará a sua análise, delegando o exame para algum Estado Membro. Essas regras são denominadas de pré-notificação ou pós-notificação, dependendo do momento da aplicação, e de remessa para baixo (*downward*) ou remessa para cima (*upward*), dependendo se os Estados Membros que lançam competência à Comissão ou a Comissão que lança competência aos Estados Membros. “Os Regulamentos 139, de 20.01.2004, e 802, de 07.04.2004, facultam que a operação de concentração seja notificada antes ou após a sua celebração; de qualquer forma, sua eficácia ficará suspensa até a aprovação da Comissão”¹¹⁵. Analisaremos, primeiramente, as regras pós-notificação dos artigos 9 e 22 e, após, as regras pré-notificação dos artigos 4(4) e 4(5).

No artigo 9 da EUMR, temos a regra da “remessa da pós-notificação para baixo” (*downward post-notification referral*). O artigo dispõe que:

Artigo 9.o

Remessa às autoridades competentes dos Estados-Membros

1. A Comissão pode, por via de decisão de que informará sem demora as empresas em causa e as autoridades competentes dos restantes Estados-Membros, remeter às autoridades competentes do Estado-Membro em causa um caso de concentração notificada, nas condições que se seguem.

2. No prazo de 15 dias úteis a contar da recepção da cópia da notificação, um Estado-Membro pode, por sua própria iniciativa ou a convite da Comissão, informar a Comissão, que o comunicará às empresas em causa, de que:

a) Uma concentração ameaça afectar significativamente a concorrência num mercado no interior desse Estado-Membro que apresenta todas as características de um **mercado distinto**; ou (**grifo nosso**)

b) Uma concentração afecta a concorrência num mercado no interior desse Estado-Membro que apresenta todas as características de um **mercado distinto e não constitui uma parte substancial do mercado comum** (**grifo nosso**).

3. Se considerar que, tendo em conta o mercado dos produtos ou serviços em causa e o mercado geográfico de referência na acepção do n.o 7, esse mercado distinto existe e que existe essa ameaça, a Comissão:

a) Ocupar-se-á ela própria do caso nos termos do presente regulamento; ou

b) Remeterá o caso, na sua totalidade ou em parte, para as autoridades competentes do Estado-Membro em causa, com vista à aplicação da legislação nacional de concorrência desse Estado.

Se, ao contrário, considerar que esse mercado distinto ou ameaça não existem, a Comissão tomará uma decisão nesse sentido, que dirigirá ao Estado-Membro em causa e ocupar-se-á ela própria do caso, nos termos do presente regulamento.

R\$ 115 milhões (€ 25 milhões) com o valor brasileiro de R\$ 75 milhões do inciso II do art. 88, valor mínimo de faturamento que uma empresa tem que apresentar para que seja obrigatória a notificação do ato de concentração ao CADE.

¹¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. p. 425.

Se um Estado-Membro informar a Comissão, nos termos da alínea b) do n.º 2, de que uma concentração afecta a concorrência num mercado distinto no seu território que não constitui uma parte substancial do mercado comum, a Comissão remeterá, na totalidade ou em parte, o caso relativo ao mercado distinto em causa, se considerar que esse mercado distinto é afectado.

Assim sendo, num prazo de 15 dias úteis após o recebimento da notificação na Comissão, um Estado Membro poder requerer à Comissão que aquela concentração não seja apreciada pelo DG Comp, mas sim pela sua autoridade concorrencial. Para tal, o Estado Membro deve comprovar, conforme art. 9(2)(a) ou 9(2)(b), que, apesar da concentração preencher os requisitos da dimensão comunitária, a concentração apresente características de um **mercado distinto** no seu mercado interno (art. 9(2)(a)) ou que apresente características de um **mercado distinto e não constitua uma parte substancial do mercado europeu comum**. Por conseguinte, a concentração deve ser analisada por este Estado Membro, uma vez que a Comissão, provavelmente, não levará em consideração essas particularidades do seu mercado interno e que a autoridade concorrencial doméstica apresentará maior conhecimento para realizar este julgamento. Todavia, a Comissão não é obrigada a aceitar este pedido. Porém, se entender que, de fato, o mercado interno de um Estado Membro é considerado como um mercado distinto e o DG Comp não conseguirá tomar uma decisão tão acertada quanto à decisão doméstica, a Comissão poderá remeter total ou parcialmente a concentração para o Estado Membro. Se remeter parcialmente, a concentração será dividida em duas, sendo uma parte julgada pela Comissão e outra parte julgada pela autoridade concorrencial doméstica. Essa é a regra *downward* pós-notificação do mercado distinto, uma vez que, após a Comissão ter recebido a notificação de uma concentração, ela “lança para baixo” a apreciação desta concentração.

Já no artigo 22 da EUMR, temos a regra da “remessa da pós-notificação para cima” (*upward post-notification referral*). O artigo dispõe que:

Artigo 22.º

Remessa à Comissão

1. Um ou mais Estados-Membros podem solicitar à Comissão que examine qualquer concentração, tal como definida no artigo 3.º, que não tenha dimensão comunitária na acepção do artigo 1.º, mas que afecte o comércio entre Estados-Membros e ameace afectar significativamente a concorrência no território do Estado-Membro ou Estados-Membros que apresentam o pedido.

Esse pedido deve ser apresentado no prazo máximo de 15 dias úteis a contar da data de notificação da concentração ou, caso não seja necessária notificação, da data em que foi dado conhecimento da concentração ao Estado-Membro em causa.

O artigo 22, conhecido como a cláusula holandesa (*the Dutch Clause*)¹¹⁶ “por causa da falta, naquele momento, de quaisquer regras domésticas holandesas para o controle de concentrações”¹¹⁷, estabelece que, no prazo de 15 dias úteis após a notificação da concentração em algum Estado Membro, o Estado Membro pode requerer à Comissão que ela analise a concentração, apesar desta concentração não ter os requisitos da dimensão comunitária do artigo 1º. Contudo, “nas remessas nos termos do artigo 22º da EUMR, a Comissão examinará o impacto da concentração dentro do território do(s) Estado(s) Membro(s) de referência”¹¹⁸, regra distinta do artigo 4(5) que veremos em seguida. Ou seja, neste caso, a autoridade concorrencial doméstica entende, por qualquer que seja o motivo fundamentado na sua remessa, que a Comissão dispõe de melhores recursos para examinar essa concentração, delegando a competência de baixo (autoridade concorrencial doméstica) “para cima” (DG Comp) – *upward referral*. O objetivo inicial dessa regra era servir de apoio aos países que não apresentavam, na data do primeiro Regulamento de controle de concentração de 1989, uma legislação doméstica concorrencial ao utilizar o sistema de controle de concentração europeu. Como veremos no próximo capítulo, esta regra foi utilizada no caso Apple/Shazam¹¹⁹ de 2018, quando as autoridades austríaca, francesa, islandesa, italiana, norueguesa, espanhola e sueca requisitaram que a Comissão examinasse este caso ao invés de sete autoridades concorrenciais, valendo-se do princípio do *one-stop-shop*. Esta regra é um recurso no qual a Comissão torna-se competente para analisar uma concentração mesmo que esta não preenche os requisitos da dimensão comunitária do artigo 1.

Os artigos 9 e 22 trazem regras importantes de competência para análise de concentrações pós-notificação. Já os artigos 4 (4) e 4(5) trazem regras *downward* e *upward* para casos em que ainda não houve a notificação, seja a notificação perante a Comissão ou perante as autoridades concorrenciais doméstica. O artigo apresenta a seguinte redação:

Artigo 4.o

Notificação prévia das concentrações e remessa anterior à notificação a pedido das partes notificantes

¹¹⁶ BIICL. *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Londres: BIICL, 2017. p. 11.

¹¹⁷ “Because of the Netherlands’ lack at the relevant time of any domestic rules for controlling concentrations”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). *Merger Control Worldwide*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 463. (tradução nossa).

¹¹⁸ “In referrals under Article 22 EUMR, the Commission will examine the impact of the concentration within the territory of the referral Member State(s)”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 113-114. (tradução nossa).

¹¹⁹ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 115.

.....

4. Antes da notificação de uma concentração, na acepção do n.o 1, as pessoas ou empresas referidas no n.o 2 podem informar a Comissão, através de um memorando fundamentado, que a concentração pode afectar significativamente a concorrência num mercado no interior dum Estado-Membro que apresenta todas as características de um mercado distinto, devendo, por conseguinte ser examinada na sua totalidade ou em parte, por esse Estado-Membro.

A Comissão deve transmitir sem demora tal memorando a todos os Estados-Membros. O Estado-Membro referido no memorando fundamentado deve, no prazo de 15 dias úteis a contar da data de recepção do memorando, manifestar o seu acordo ou desacordo relativamente ao pedido de remessa do caso. Se esse Estado-Membro não tomar uma decisão dentro deste prazo, presumir-se-á o seu acordo.

A menos que esse Estado-Membro manifeste o seu desacordo, a Comissão, se considerar que esse mercado distinto existe e que a concorrência nesse mercado pode ser significativamente afectada pela concentração, poderá decidir remeter o caso, na sua totalidade ou em parte, para as autoridades competentes desse Estado-Membro, com vista à aplicação da legislação nacional de concorrência desse Estado.

A decisão de remeter ou de não remeter o caso em conformidade com o terceiro parágrafo deve ser tomada no prazo de 25 dias úteis a contar da recepção do memorando fundamentado pela Comissão. A Comissão informa os restantes Estados-Membros e as pessoas ou empresas em causa da sua decisão. Se a Comissão não tomar uma decisão dentro deste prazo, presumir-se-á que decidiu remeter o caso em conformidade com o memorando apresentado pelas pessoas ou empresas em causa.

Se a Comissão decidir ou presumir-se que decidiu, nos termos do terceiro e quarto parágrafos, remeter o caso, na sua totalidade, não é necessário proceder a uma notificação nos termos do n.o 1 e será aplicável a legislação nacional de concorrência. O disposto nos n.os 6 a 9 do artigo 9.o é aplicável *mutatis mutandis*.

5. No caso de uma concentração tal como definida no artigo 3.o que não tenha dimensão comunitária na acepção do artigo 1.o, e que pode ser apreciada no âmbito da legislação nacional de concorrência de, pelo menos, três Estados-Membros, as pessoas ou empresas referidas no n.o 2 podem, antes de uma eventual notificação às autoridades competentes, informar a Comissão, através de um memorando fundamentado, que a concentração deve ser examinada pela Comissão.

A Comissão deve transmitir sem demora tal memorando a todos os Estados-Membros.

Qualquer Estado-Membro competente para examinar a concentração no âmbito da sua legislação nacional de concorrência pode, no prazo de 15 dias úteis a contar da recepção do memorando fundamentado, manifestar o seu desacordo no que respeita ao pedido de remessa do caso.

Sempre que, pelo menos, um desses Estados-Membros tenha manifestado o seu desacordo nos termos do terceiro parágrafo no prazo de 15 dias úteis, o caso não será remetido. A Comissão deve informar sem demora todos os Estados-Membros e as pessoas ou empresas em causa de qualquer manifestação de desacordo.

Se nenhum dos Estados-Membros tiver manifestado o seu desacordo nos termos do terceiro parágrafo no prazo de 15 dias úteis, presumir-se-á que a concentração tem dimensão comunitária e será notificada à Comissão em conformidade com os n.os 1 e 2. Nessa situação, nenhum Estado-Membro aplicará a sua legislação nacional de concorrência à concentração.

A primeira regra de remessa se encontra no artigo 4(4). Neste artigo, temos a regra da pré-notificação *downward* em que, diferentemente do artigo 9 no qual o requerimento era feito pelos Estados Membros, nesse caso, as partes envolvidas, antes mesmo de notificarem a

Comissão, apresentam um memorando fundamentado demandado que, apesar da concentração preencher os requisitos de dimensão comunitária, a concentração seja analisado por um Estado Membro, uma vez que a concentração neste estado membro se caracteriza por ser um mercado distinto. A análise material nesses casos é igual à análise feita no artigo 9. A diferença é que, no art. 4(4), as empresas já se adiantam e, antes mesmo de notificar a Comissão, já apresentam o memorando fundamentado querendo direcionar a análise para uma autoridade concorrencial e, dessa forma, a iniciativa não parte dos Estados Membros. As empresas podem ser incentivadas a apresentarem tal requerimento por uma maior tecnicidade e conhecimento de uma autoridade concorrencial doméstica se comparada à Comissão.

A segunda regra de remessa se encontra no artigo 4(5). Neste artigo, temos a regra da pré-notificação *upward* em que uma concentração que não preencha os requisitos da dimensão comunitária do art. 1, mas que seja obrigada a notificar, ao menos, três Estados Membros, possa, antes de notificar as autoridades concorrenciais dos três Estados Membros, requisitar à Comissão que ela examine a sua concentração. Dessa forma, as empresas gozariam do princípio do “*one-stop-shop*” e não correriam o risco de ter diferentes decisões dadas pelas diferentes autoridades concorrenciais domésticas. Essa segurança jurídica de ter uma só decisão incentiva as empresas a utilizarem desta regra antes de notificar as autoridades domésticas. Como veremos no próximo capítulo, o caso mais importante analisado neste trabalho, Facebook/WhatsApp¹²⁰, utilizou desta regra e se antecipou às notificações aos Estados Membros, informando a Comissão através de um memorando fundamentado que, mesmo que a concentração não apresentasse uma dimensão comunitária, ela detém os requisitos materiais para que a Comissão, e não as autoridades concorrenciais doméstica, a analisasse.

“O WhatsApp foi comprado em 2014 pelo Facebook por um valor de US\$ 19 bilhões. [...] As partes requereram à Comissão Europeia com base no fato de que a transação pode ser examinada de acordo com as normas concorrenciais doméstica de três Estados membros, conforme o art. 4(5) da EUMR”¹²¹.

Em relação ao artigo 4, importante ressaltar uma pequena distinção entre as remessas *downward* e *upward*.

A remessa da pré-notificação para baixo (*downward*) requer o consentimento da Comissão e dos Estados Membros envolvidos, seguindo uma declaração fundamenta

¹²⁰ CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 115.

¹²¹ “WhatsApp was bought in 2014 by Facebook for a consideration of USD 19 billion. [...] the parties applied to the European Commission on the basis that the transaction is capable of being reviewed under the national competition laws of three member states according to Art 4(5) of the EU Merger Regulation”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 324. (tradução nossa).

das partes de que a concentração “pode afetar significativamente a concorrência num mercado de um Estado Membro que apresente todas as características de um mercado distinto”. A remessa da pré-notificação para cima (*upward*) é possível no caso de concentrações notificáveis às autoridades nacionais da concorrência de três ou mais Estados Membros e requer apenas o consentimento dos Estados Membros envolvidos, não da Comissão¹²².

Consequentemente, os artigos 4(4), 4(5), 9 e 22 criam uma rede de cooperação entre a Comissão e as autoridades concorrenciais¹²³. Por conseguinte, a Comissão e as autoridades concorrenciais se ajudam no sentido de saber quando cada instituição está melhor preparada – seja por razões técnicas, por razões de conhecimento daquele mercado ou qualquer que seja o motivo devidamente justificado – para tomar a decisão sobre a aprovação ou rejeição da concentração em questão. E, como vimos, tanto os Estados Membros quanto as empresas podem requerer que o exame da concentração passe da Comissão para as autoridades concorrenciais ou das autoridades para a Comissão, a fim de se obter uma melhor decisão.

Portanto, realizamos uma longa análise do sistema de controle de concentração europeu, uma vez que, como veremos no capítulo 4, é na Europa que se mostra um maior debate sobre a necessidade de atualização dos critérios de notificação obrigatória de atos de concentração. Vimos que a regra geral para que a Comissão Europeia tenha competência para analisar uma concentração é quando esta concentração apresente uma dimensão comunitária conforme art. 1(2) e art. 1(3). Contudo, excepcionalmente, a Comissão poderá analisar concentrações em que não há dimensão comunitária e, por conseguinte, que ela não tenha competência – os casos de remessa *upward* dos artigos 4(5) e 22. Em sentido reverso, a Comissão poderá deixar de analisar concentrações que tenham dimensão comunitária quando a concentração apresentar todas as características de um mercado distinto no território de um Estado Membro, obrigando a Comissão a delegar competência para este Estado Membro – os

¹²² “Downward pre-notification referral requires the consent of both the Commission and the Member States concerned, following a reasoned submission from the parties that the concentration ‘may significantly affect competition in a Market within a Member State which presents all the characteristics of a distinct market’. Upward pre-notification referral is possible in the case of concentrations notifiable to the national competition authorities of three or more Member States, and requires the consent only of the Member States concerned, not the Commission”. LASOK, P. E. Q. C.; Holmes, J. European Union. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 448. (tradução nossa).

¹²³ Ao nos depararmos com as estatísticas desses artigos, comprovamos a existência dessa rede de cooperação. De 2004 até dezembro de 2017, de acordo com Whish e Bailey, foram 112 requerimentos através do artigo 9 (sendo 14 recusados), 149 requerimentos através do artigo 4(4) (com nenhum requerimento recusado), 33 requerimentos através do artigo 22 (sendo 4 recusados) e 337 requerimentos através do artigo 4(5) (sendo 7 recusados). As estatísticas corroboram que o controle de concentração comunitário apresenta como princípio basilar o princípio do “one-stop-shop”, uma vez que o artigo mais utilizado foi o art. 4(5) (337 requerimentos). Isto é, as empresas envolvidas em concentrações que não apresentam uma dimensão comunitária, mas que são obrigadas a notificar, no mínimo, três Estados Membros, preferem que apenas a Comissão tenha competência para analisar as concentrações, ao invés de três ou mais autoridades concorrenciais domésticas. WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 868-871.

casos de remessa *downward* dos artigos 4(4) e 9. Concluimos, destarte, que a UE adota como critério para a análise de um ato de concentração o valor de faturamento das empresas envolvidas, apesar de apresentar uma metodologia diferente do cálculo do valor de faturamento do controle de concentração norte-americano e brasileiro. Inclusive se utiliza, no primeiro momento, o valor de faturamento das empresas, seja somado ou individual, nos casos excepcionais de remessa *upward* e *downward*. Por conseguinte, seguindo os dois modelos de jurisdições examinados antes do controle de concentração comunitário, é o faturamento das empresas que realiza essa divisão entre quais casos são grandes e importantes o bastante para merecer a devida atenção da Comissão a fim de que ela analise com o objetivo de decidir se aprova ou rejeita a concentração em questão.

No último subcapítulo deste capítulo, veremos o controle de concentração da Alemanha. Por uma preocupação de ineficiência de suas regras frente à atual era de comércio digital, estudaremos a mudança ocorrida no Direito Concorrencial alemão a fim englobar importantes concentrações que não preenchem os critérios padrões de valor de faturamento.

3.1.3 A NOTIFICAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO E NO DIREITO AUSTRIACO

Escolhemos a Alemanha para realizar a última análise do controle de concentração das distintas jurisdições deste capítulo, pois, em 2017, a Alemanha emendou a sua lei concorrencial, adicionando uma regra de valor da operação no artigo da notificação obrigatória¹²⁴. Como argumentaremos no capítulo 5, as legislações que dispõem tão somente do valor de faturamento como critério para a notificação obrigatória estão sendo ineficientes com, principalmente, as concentrações de empresas do comércio digital, uma vez que essas concentrações não preenchem os critérios de valor de faturamento e, por conseguinte, não são notificadas e não são averiguadas pelas autoridades concorrenciais. A fim de erradicar este problema, a Alemanha modificou sua lei concorrencial, adicionando o critério de valor da operação com o intuito obrigar a notificação dessas concentrações digitais que não estavam sendo notificadas anteriormente. No final do capítulo, também analisaremos a modificação austríaca na sua lei concorrencial que, seguindo o modelo alemão, introduziu o critério de valor de operação para a notificação obrigatória de atos de concentração.

¹²⁴ “The Ninth Amendment to the German Act against Restraints of Competition is about to enter in force”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219. (tradução nossa).

Contudo, antes de realizar esta análise dos critérios de notificação de atos de concentração no Direito Concorrencial alemão, iremos examinar alguns aspectos gerais sobre o controle de concentração alemão. Primeiramente, ao se estudar qualquer parte do controle de concentração do Direito Concorrencial alemão, deve-se lembrar do seu caráter residual perante a legislação comunitária. Ou seja, estudaremos “a competência residual das autoridades alemãs de controle de concentração”¹²⁵.

Em relação às normas de Direito Concorrencial alemão, temos que:

“O controle de concentração foi introduzido na Alemanha em 1973. As regras estatutárias relevantes podem ser encontradas no capítulo 7 da ARC (seções 35 a 43), uma lei que data de 1958, substancialmente alterada em 2005 [última alteração, a que iremos aprofundar nas próximas páginas, foi a 9ª emenda em 2017] pela sétima emenda à ARC, que entrou em vigor em 1º de julho de 2005. O ARC, como um todo, lida com todos os tipos de normas antitruste. O capítulo sobre controle de concentração contém regras especiais sobre critérios relevantes, definição e a avaliação substantiva das concentrações, notificação e obrigação de comunicação, procedimentos, etc.”¹²⁶.

Portanto, é a ARC (*Act against Restraints of Competition*), ou GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), a lei que estipula as regras concorrenciais alemãs. O ARC dispõe tanto de regras de controle de conduta, quanto de regras de controle de concentração. A principal distinção é aplicabilidade dessas regras em relação às regras comunitárias, uma vez que, enquanto estas regras apresentam caráter residual às regras comunitárias, aquelas regras podem ser aplicadas simultaneamente às regras comunitárias.

“Na Alemanha, como um Estado Membro da União Europeia, o Direito Concorrencial europeu atua paralelamente com as disposições alemãs. [...] O Ato contra Restrições da Concorrência (ARC) atinge seu limite jurisdicional nos casos onde a Comissão da União Europeia (‘Comissão Europeia’) tem jurisdição exclusiva”¹²⁷.

Visto que a Comissão tem jurisdição exclusiva para concentrações que preencham os requisitos da dimensão comunitária, o controle de concentração alemão atinge apenas as

¹²⁵ “[...] *the residual competence of the German merger control authorities*”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 557. (tradução nossa).

¹²⁶ “*Merger control was introduced in Germany in 1973. The relevant statutory rules are to be found in Chapter 7 of ARC (sections 35 to 43), a statute dating from 1958, as substantially amended in 2005 by the 7th amendment of the ARC, which entered into force on 1 July 2005. The ARC as a whole deals with all kinds of antitrust law. The chapter on merger control contains special rules on the relevant thresholds, the definition and the substantive appraisal of concentrations, and notification and reporting obligations, procedures, etc.*”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 557. (tradução nossa).

¹²⁷ “*In Germany, as a Member State of the European Union, European competition law acts in parallel with the German provisions. [...] The Act against Restraints of Competition (ARC) reaches its jurisdictional limit in cases where the Commission of the European Union (‘the European Commission’) has exclusive jurisdiction*”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 556. (tradução nossa).

concentrações que, obrigatoriamente, não apresentem dimensão comunitária, mas que preencham os critérios de notificação do §35 do ARC que veremos a seguir.

No tocante ao ARC, por último, ressaltamos a sua constante evolução conforme as necessidades apresentadas pelo Direito da Concorrência. Como mostramos, em 2005, o ARC sofreu uma importante alteração dando a face como o conhecemos atualmente. Já em 2017, sua última alteração, o critério de valor da operação foi adicionado com um critério complementar ao critério de valor de faturamento, como veremos em breve. E, em 2009, houve outra importante alteração do ARC, quando introduziram um “*size-of-person*” test em relação ao adquirido e não só ao adquirente – regra esta para excluir da análise obrigatória as concentrações em que uma grande empresa adquire uma pequena empresa que não ocasionará nenhum dano à concorrência no futuro.

“Com o artigo 8 do Drittes Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft (Dirttes Mittelstandsentslastungsgesetz), de 17 de março de 2009, a Alemanha introduziu um segundo critério de faturamento doméstico (alemão) que alinhou a lei alemão de controle de concentração com as recomendações da Internation Competition Network (ICN)”¹²⁸.

Na Alemanha, assim como nas outras jurisdições vistas até então, há um órgão especial competente para tratar sobre os casos concorrenciais – a FCO. “A Agência Federal do Cartel alemã (*Bundeskartellant* ou FCO) é uma autoridade federal independente (*Bundesoberbehörde*), com sede em Bonn, com jurisdição exclusiva em relação a pedidos de medidas para controlar concentrações”¹²⁹. “O FCO, de caráter administrativo, não apenas executa os procedimentos, mas também é o órgão de tomada de decisão”¹³⁰. Dessa forma, se uma concentração preencher algum dos critérios que obrigue a sua notificação, as partes devem realizar esta notificação perante a FCO. A FCO, tal quais as outras autoridades concorrenciais, julga pela aprovação ou rejeição das concentrações, dispondo de poderes de investigação a fim de tomar a melhor decisão possível. Contudo, a FCO não é o único órgão concorcencial alemão. “Outro órgão importante é a Comissão de Monopólios

¹²⁸ “With article 8 of the Drittes Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft (Drittes Mittelstandsentslastungsgesetz) of 17 March 2009 Germany has introduced a second domestic (German) turnover threshold which brought the German merger control law in line with the recommendations by the International Competition Network (ICN)”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 557. (tradução nossa).

¹²⁹ “The German Federal Cartel Office (*Bundeskartellant* or FCO) is an independent superior federal authority (*Bundesoberbehörde*) based in Bonn with sole jurisdiction in respect of ordering measures at controlling concentrations”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 557. (tradução nossa).

¹³⁰ “The FCO, which is administrative in character, not only runs the procedures but is also the decision-making body”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 558. (tradução nossa).

(*Monopolkommission*), que não é um órgão de tomada de decisão, mas apenas prepara pareceres consultivos”¹³¹.

A respeito dos prazos e dos procedimentos de investigação das concentrações pela FCO, de modo geral, ela possui o prazo de quatro meses para investigar uma concentração. “No final do período de 4 meses após o recebimento da notificação, a FCO proibirá ou aprovará a concentração (podendo ser sujeita a condições e obrigações)”¹³². Contudo, semelhante às outras jurisdições, esses quatro meses são divididos em duas fases. Na primeira fase da investigação, a FCO, no prazo de um mês a contar do primeiro dia útil após o recebimento da notificação, tem o dever de mandar uma carta para as partes envolvidas na concentração, informando que, realizada esta primeira análise, eles não se convenceram que a concentração não trará prejuízos futuros e, por conseguinte, irão investigar mais pormenorizadamente esta operação. “O período de um mês é um período preclusivo; isto é, se o FCO não enviar a carta dentro do prazo, a concentração é automaticamente liberada”¹³³. Desse modo, a FCO adquire mais três meses a fim de examinar por completo a operação. Contudo, “se a FCO pretende proibir uma concentração, ela envia às partes uma ‘carta de advertência’ (*Abmahnung*) informando as razões pelas quais espera dar sua decisão pela proibição da concentração”¹³⁴, gerando direitos de defesa das partes com o propósito de contra argumentar a FCO e tentar convencê-la que, de fato, não há perigos futuros à concorrência. Todas essas regras estão dispostas no § 40 (Procedimento de Controle de Concentração) do ARC. Se comparamos com o sistema brasileiro, o período de 4 meses (120 dias) é bem inferior aos 240 dias (ou o período máximo de 330 dias) que o CADE tem para

¹³¹ “Another important body is the Monopolies Commission (*Monopolkommission*), which is not a decision-making body but only prepares advisory opinions”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 558. (tradução nossa).

¹³² “On expiry of a period of 4 months from receipt of the notification the FCO will either prohibit or clear the concentration (possibly subject to conditions and obligations)”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 568. (tradução nossa). “O FCO tem um período de 4 meses para concluir seu procedimento de investigação”. [...] *the FCO has a period of 4 months in which to complete its investigation procedure*”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 568. (tradução nossa).

¹³³ “The one-month period is a preclusive period; that is, if the FCO fails to send the letter within the given time, the concentration is automatically deemed to be cleared”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 568. (tradução nossa).

¹³⁴ “If the FCO intends to prohibit a concentration, it sends the parties a ‘warning letter’ (*Abmahnung*) informing them of the reasons it expects to give in its decision for the prohibition of the concentration”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 569. (tradução nossa).

aprovar ou rejeitar um ato de concentração, sob pena de aprovação tácita se nenhuma decisão for tomada.

Após examinado esses aspectos gerais, passamos para a análise do §35 do ARC, seção que regulamenta sobre o escopo de aplicação do controle de concentração do Direito Concorrencial alemão.

Chapter 7 - Control of Concentrations

§ 35 Scope of Application of the Control of Concentrations

(1) The provisions on the control of concentrations shall apply if in the last business year preceding the concentration

1. the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned was more than EUR 500 million, and
2. the domestic turnover of at least one undertaking concerned was more than EUR 25 million and that of another undertaking concerned was more than EUR 5 million.

(1a) The provisions on the control of concentrations shall also apply if

1. the requirements of paragraph 1 no. 1 are fulfilled,
2. in the last business year preceding the concentration
 - a) the domestic turnover of one undertaking concerned was more than EUR 25 million and
 - b) neither the target undertaking nor any other undertaking concerned achieved a domestic turnover of more than EUR 5 million,
3. the consideration for the acquisition exceeds EUR 400 million and
4. the target undertaking pursuant to no. 2 has substantial operations in Germany.

.....
 (3) The provisions of this Act shall not apply where the European Commission has exclusive jurisdiction pursuant to Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, as amended.

Antes de analisar as duas regras de notificação obrigatória, apenas destacamos a regra do §35(3) que reforça a competência exclusiva da Comissão Europeia nos casos de concentrações que apresentam dimensão comunitária, impedindo qualquer uso do ARC ou ato da FCO.

A primeira regra (§35 (1)), que estipula a obrigação da notificação, estabelece que as disposições sobre controle de concentração devam ser aplicadas a concentrações que: (i) o faturamento agregado mundial de todas as empresas envolvidas na concentração for maior do que € 500 milhões e (ii) que o faturamento doméstico, aqui entendido com o faturamento dentro da Alemanha, ao menos uma empresa for maior do que € 25 milhões e o faturamento da outra empresa for maior do que € 5 milhões. Desse modo, esta regra contempla um critério de faturamento agregado – requisito (i) – e um *'size-of-person'* test das duas empresas envolvidas – requisito (ii). Preenchendo o requisito (i), temos a comprovação de se tratar de uma grande operação e, preenchendo o requisito (ii), temos a comprovação de que nenhuma

das empresas é demasiada pequena, isto é, preenchido esses dois requisitos, a concentração apresenta um tamanho que, segundo a lei alemã, merece uma atenção da sua autoridade concorrencial.

Já no §35 (1a), temos a segunda regra de notificação, acrescido em 2017. Segundo esta regra, uma concentração que não preencha os requisitos anteriores do §35 (1) também passará pela revisão do FCO quando: (i) o faturamento agregado de todas as empresas envolvidas na concentração for maior do que € 500 milhões, (ii) o faturamento do doméstico alemão de uma empresa for maior do que € 25 milhões e a outra empresa “alvo”, empresa que está sendo adquirida, apresentar um faturamento menor do que € 5 milhões, (iii) quando a remuneração pela aquisição exceder € 400 milhões e (iv) que a empresa alvo ter substanciais operações na Alemanha. Esta regra, como veremos no capítulo 4, é entendida como a evolução dos critérios de notificação obrigatória, uma vez que introduz, pela primeira vez, um critério de valor da operação no requisito (iii). Ou seja, atualmente, na Alemanha, se uma empresa grande adquirir uma empresa pequena que, por diversas razões, não apresente um faturamento maior do que € 5 milhões, mas ela é tão importante que a empresa adquirente paga aos proprietários da pequena empresa um valor maior do que € 400 milhões e, se esta pequena empresa deter operações substanciais na Alemanha, esta concentração deverá ser notificado ao FCO.

Ao primeiro momento, esta regra parece não apresentar sentido algum. De fato, não parece haver uma racionalidade econômica se uma grande empresa incorporar uma pequena empresa que, por exemplo, fature anualmente € 4 milhões por € 400 milhões, isto é, uma empresa adquirir outra empresa por cem vezes o seu faturamento. Contudo, conforme discutiremos no capítulo a seguir, as concentrações que estão ocorrendo nos mercados digitais não são capturadas pelos critérios de notificação obrigatória de valores de faturamento, visto que, efetivamente, essas *start-ups* digitais não apresentam alto faturamento e, por conseguinte, não preenchem os requisitos, quase sempre previstos, do “*size-of-person*” test. Alemanha percebeu que necessitava de um novo critério adicional ao valor de faturamento. “O novo critério deve cobrir um modelo de negócios que não é incomum na economia digital”¹³⁵. E, dessa forma, a fim de englobar essas concentrações, a Alemanha adicionou ao ARC este critério de valor da operação, pois, se uma empresa pequena com um valor de faturamento menor do que € 5 milhões for adquirida por mais de € 400 milhões, quer dizer é uma relevante concentração e que a FCO deve examinar essa concentração. Portanto, a partir de 2017, o

¹³⁵ “The new threshold is supposed to cover a business model that is not uncommon in the digital economy”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219. (tradução nossa).

ARC prevê dois critérios nos quais uma concentração alemã seja obrigada a notificar o FCO: valor de faturamento e valor de operação.

Em relação ao requisito (iv) da regra de valor da operação, a necessidade da empresa alvo ter substanciais operações na Alemanha, não há uma maior explicação sobre como aplicar esta norma. “No documento explicativo, apenas ‘atividades marginais’ serão excluídas da aplicação da lei. Os materiais alemães se referem ainda a uma ‘intensidade mínima de atividades’”¹³⁶. Dessa forma, uma vez que a expressão “substanciais operações” não apresenta uma definição clara e tampouco há uma norma legislativa a explicando, devemos esperar decisões jurisprudenciais da FCO para melhor interpretarmos este dispositivo legal.

A regra do valor de operação não foi projetada sem estudos anteriores.

A Comissão de Monopólios analisou os desafios econômicos e jurídicos das plataformas digitais no seu Relatório Especial nº 68, o qual foi publicado em junho de 2015. Entre outras coisas, a Comissão de Monopólios propôs alterações nos critérios de notificação de concentrações na Alemanha e na Europa para garantir que o controle das concentrações abranja toda a concentração importante nos mercados digitais. Os novos critérios deveriam ser baseados no valor da operação¹³⁷.

Logo, justificamos a análise realizada do controle de concentração alemão pela inserção desta regra de valor da operação. Adiantando os argumentos do capítulo 4, esta regra concorrencial alemã servirá de parâmetro e de direção para outras jurisdições que objetivam evoluir suas regras e implementar o critério de valor de operação no seu ordenamento jurídico.

Outra regra que necessitamos mencionar é que, semelhante ao Direito Concorrencial comunitário que apresenta a definição de faturamento (volume de negócio) no artigo 5 do EUMR, no Direito Concorrencial alemão, “o faturamento relevante é calculado de acordo com a seção 38 do ARC. O último exercício completo antes da concentração é que é levado em consideração”¹³⁸, ou seja, o faturamento anual do ano anterior à concentração. Todavia, conforme visto, em 2017 introduziram o critério do valor da operação para a notificação obrigatória e, nesta mesma seção 38, incluíram a parte (4a) que define a palavra remuneração

¹³⁶ “In the explanatory document only ‘marginal activities’ shall be excluded from the application of the law. German materials further refer to a ‘minimal intensity of activities’”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 327. (tradução nossa).

¹³⁷ “The Monopolies Commission analyzed the economic and legal challenges of digital platforms in its Special Report No. 68, which was published in June 2015. Among other things, the Monopolies Commission proposed changes to the German and European merger notification thresholds to ensure that merger control covers all important concentration on the digital markets. The new thresholds should be based on the transaction value”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219. (tradução nossa).

¹³⁸ “The relevant turnover is calculated pursuant to section 38 ARC. The last entire business year preceding the concentration is taken into account”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 563. (tradução nossa).

do §35(1a). A alínea (4a) dispõe que: “A remuneração dentro do sentido do §35 (1a) deverá incluir: 1 – todos os ativos e outras remunerações de valor monetário que o vendedor recebe do adquirente em relação à concentração nos termos do §37(1) (preço de compra) e; 2- o valor de quaisquer passivos assumidos pelo adquirente”¹³⁹. Por conseguinte, a remuneração no valor da operação do Direito Concorrencial alemão deve ser compreendida como a soma de dois termos: (i) o valor que o vendedor recebeu pela venda da empresa mais (ii) o valor dos passivos e responsabilidades que o adquirente assumiu em decorrência desta compra. Com essa definição posta em lei, temos a segurança jurídica de que o valor da operação não é apenas o valor despendido pelo adquirente pela compra da empresa, mas sim este valor acrescido dos passivos que a empresa possui – podendo entender de modo geral como as obrigações *propter rem* da empresa. Essa definição é de suma importância, pois, visto que a Alemanha foi o primeiro país a introduzir o valor da operação no seu ordenamento jurídico, não há base internacional sobre esta definição legal de “operação”. Todavia, apesar de ser um parâmetro, nada impede que outros países adotem definições distintas da definição alemã.

Ressaltamos que, apesar de muito semelhantes, há uma distinção entre este critério de valor da operação alemão e o critério de valor de transação norte-americano. No valor de transação, calcula-se, como resultado da aquisição, o valor total de ações com direito a voto e ativos que a empresa adquirente obteve da empresa adquirida, enquanto no valor da operação analisamos, conforme visto acima, o valor que o vendedor recebeu mais os valores dos passivos assumido pelo adquirente. Como veremos no próximo capítulo, a doutrina chama de “*value-related*” esses critérios que envolvem os valores das concentrações em si – diferentemente dos critérios de valores de faturamento das empresas ou os faturamentos agregados. Dessa forma, pode-se entender a ideia do critério “*value-related*” como gênero, sendo os critérios de valor de transação e valor de operação espécies desse gênero.

Além disso, “uma concentração é capturada pelo ARC apenas se tiver um efeito no mercado interno”.¹⁴⁰ A partir desse princípio, criaram-se duas exceções para o controle de concentração alemão – as exceções *de minimis*, podendo ser comparada ao princípio da insignificância utilizado no Direito brasileiro como um todo. A primeira exceção regulamenta que “[...] elas (as concentrações) não estão sujeitas ao controle de concentração (conforme a

¹³⁹ “(4a) Consideration within the meaning of § 35(1a) shall include

1. all assets and other consideration of monetary value which the seller receives from the acquirer in relation with the concentration under § 37(1) (purchase price) and

2. the value of any liabilities assumed by the acquirer” (tradução nossa).

¹⁴⁰ “A concentration is caught by the ARC only if it has an effect on the domestic market”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 565. (tradução nossa).

primeira regra de notificação §35 (1)) se o alvo for uma empresa independente que teve menos de € 10 milhões de faturamento no último ano fiscal (a chamada “cláusula *de minimis*”)”¹⁴¹. Esses € 10 milhões são relativos ao faturamento mundial, ou seja, se preenchido os requisitos do §35(1), porém a empresa que está sendo adquirida fatura menos do que € 10 milhões, aplica-se a exceção *de minimis*. Já a segunda exceção regulamenta que:

“O controle de concentração também não se aplica se o mercado afetado for o chamado mercado *de minimis* (a chamada “cláusula do mercado menor”). É o caso se o mercado em causa for aquele em que os bens e os serviços são oferecidos há, pelo menos, cinco anos e que tiveram um volume de vendas inferior a 15 milhões de euros no último ano civil. A lógica por trás dessa disposição é que aqueles mercados que não são relevantes em relação à economia como um todo são excluídos do controle de concentração”¹⁴².

Diferentemente da primeira regra, que entendia que o *de minimis* era a empresa, neste caso o *de minimis* é o mercado, ou seja, se o mercado for um mercado inexpressivo, não haverá controle de concentração. Contudo, esta regra foi modificada, em 2017, para não ser aplicada aos casos de notificação pelo critério de valor de operação da §35 (1a), uma vez que, como veremos no próximo capítulo, as empresas *start-ups* e seus respectivos mercados podem não ser capazes de faturar mais do que € 15 milhões anuais, todavia uma concentração que apresente um valor de operação maior do que € 400 milhões é provável de apresentar um risco concorrencial e, por conseguinte, deve ser investigado pelas autoridades concorrenciais competentes.

Ademais, criou-se a seção §43^a (avaliação), no qual obriga o Ministério Federal da Economia e Energia, além de outras disposições, a relatar e avaliar as experiências que a §35(1a) (ou seja, as notificações a partir do valor da operação) trouxeram ao Direito Concorrencial alemão nos três anos após a entrada em vigor da alteração. Dessa forma, em 2020, o governo deverá apresentar um relatório sobre os casos, o grau de eficiência e demais avaliações pertinentes, indicando possíveis melhoras nesta nova regra do controle de concentração alemão.

¹⁴¹ “[...] they are not subject to merger control if the target is an independent undertaking that had less than € 10 million turnover in the last business year (so-called ‘*de minimis clause*’). BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 564. (tradução nossa).

¹⁴² “Merger control does not apply, either, if the market affected is a so-called *de minimis* market (so called ‘*minor market clause*’). This is the case if the market concerned is one in which goods or commercial services have been offered for at least 5 years and which had a sales volume of less than € 15 million in the last calendar year. The rationale behind this provision is that those markets which are not relevant in relation to the economy as a whole are excluded from merger control”. BERG, Werner. Germany. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012. p. 564. (tradução nossa).

Por fim, devemos destacar que a Áustria, também em 2017, adicionou a sua legislação concorrencial o critério de valor de operação para a notificação obrigatória de atos de concentração. “Estando na vanguarda da Europa, a Áustria – seguindo de perto a Alemanha – introduzirá um novo critério de € 200 milhões a partir de 1º de novembro de 2017”¹⁴³. Dessa forma, introduziu-se o §9(4) na lei concorrencial austríaca, a FCA (*Federal Cartel Act*). O §9, ao tratar sobre os requisitos de notificação, dispõe que:

Notification requirements

§ 9 (1) Mergers shall be notified to the Federal Competition Authority prior to their implementation if in the last business year preceding the transaction the combined aggregate turnover of the undertakings concerned was

1. more than EUR 300 million worldwide,
2. more than EUR 30 million on the domestic market, and if
3. at least two of the undertakings concerned had an annual turnover of more than EUR 5 million each worldwide.

.....
 (4) Mergers to which para. 1 does not apply also require notification to the Federal Competition Authority if

1. the undertakings concerned achieved an aggregate worldwide turnover of more than EUR 300 million in the last business year preceding the transaction,
2. the undertakings concerned achieved an aggregate domestic turnover of more than EUR 15 million in the last business year preceding the transaction,
3. the value of the transaction is more than EUR 200 million, and
4. the undertaking to be acquired is active to a large extent on the domestic market.

Bem semelhante ao critério alemão, uma concentração deve ser notificada ao *Federal Competition Authority* (*Bundswettbewerbsbehörde*), seguindo unicamente o critério de valor de faturamento se: (i) o faturamento agregado mundial de todas as empresas envolvidas na concentração for maior do que € 300 milhões, (ii) se o faturamento agregado doméstico, aqui entendido com o faturamento dentro da Áustria, for maior do que € 30 milhões e (iii) se, ao menos, duas empresas apresentarem, individualmente, faturamentos maiores do que € 5 milhões mundialmente. Dessa forma, há tanto a regra do faturamento agregado quanto a regra ‘*size-of-person*’. Esses critérios estão dentro do padrão de valor de faturamento que vimos nas outras jurisdições, a diferença reside na segunda regra, que também se mostra bastante similar à regra disposta no §35(1a) do ARC.

Segundo o §9(4) do FCA, se o §9(1) não se aplicar a concentração, a notificação desta concentração será obrigatória se: (i) o faturamento agregado mundial de todas as empresas

¹⁴³ “Being at the vanguard of Europe, Austria – closely following Germany – will introduce a new consideration threshold of EUR 200 million as of 1 November 2017”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 324. (tradução nossa).

envolvidas na concentração for maior do que € 300 milhões, (ii) o faturamento agregado doméstico das empresas for maior do que € 15 milhões, (iii) quando a remuneração pela aquisição exceder € 200 milhões e (iv) que a empresa que está sendo adquirida atua em grande parte no mercado interno. Mais uma vez a regra austríaca se assemelha bastante à regra alemã, realizando alguns ajustes necessários de acordo com a economia e o ordenamento jurídico alemão. Concluímos, portanto, que, assim como a Alemanha, a Áustria apresenta dois critérios para a notificação obrigatória de atos de concentração: o critério de valor de faturamento e o critério de valor da operação.

A diferença entre as normas se encontra nos valores apresentados. Enquanto na Alemanha a concentração, para ser notificada, tem que apresentar um valor de operação, assim como os outros requisitos cumulativos, maior do que € 400 milhões, na Áustria o valor da operação tem que ser maior do que € 200 milhões. Mostra-se que a inspiração da norma austríaca veio da Alemanha, todavia adaptaram-se os valores à realidade austríaca. No entanto, a alteração austríaca não trouxe todas as inovações normativas alemãs.

“Embora o legislador austríaco tenha seguido em parte a 9ª emenda alemã ao GWB, as regras alemãs sobre como tratar o mercado com os serviços providos gratuitamente e os novos critérios para avaliar posições de mercado nos mercados digitais, por exemplo, para plataformas e redes, não foram adaptadas”¹⁴⁴.

Outra importante norma que não foi introduzida ao controle de concentração austríaco foi a definição de remuneração presente no §9(4)(3).

“O legislador austríaco, provavelmente, considerou o tamanho relativo da economia austríaca ao fixar esse critério (valor de operação). Ao contrário da Alemanha, no entanto, o legislador austríaco não incluiu na lei uma explícita definição legal do termo crucial ‘*value of consideration*’. Em vez disso, sem revelar a fonte, a redação exata da lei alemã é repetida nos materiais preparatórios da lei austríaca: portanto ‘a remuneração consiste em todos os ativos e outros benefícios em espécie que o vendedor recebe do comprador em conexão com a concentração (preço de compra), além do valor de possíveis passivos aceitos pelo comprador’¹⁴⁵.

Consequentemente, a definição alemã de remuneração no critério de valor de operação continua sendo a única definição de remuneração existente. Esta definição parece ser de

¹⁴⁴ “Although, the Austrian legislator followed the German 9th Amendment to the GWB partly, German rules on how to treat market with services provided free of charges and new criteria for assessing market positions in digital markets, e.g. for platforms and networks, were not adapted”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 324. (tradução nossa).

¹⁴⁵ “The Austrian legislator likely has considered the relative size of the Austrian economy in fixing that threshold. Contrary to Germany, however, the Austrian legislator did not include an explicit legal definition of the crucial term ‘*value of consideration*’ into the law. Instead, without revealing the source, the exact wording of the German law is repeated in the preparatory materials for the Austrian law: accordingly, ‘the consideration consists of all assets and other benefits in kind, which seller receives from purchaser in connection with the merger (purchase price), in addition to the value of possible liabilities accepted by the purchaser’”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 326. (tradução nossa).

extrema importância para o controle de concentração, pois, assim como há diferentes formas de utilizar o critério de valor de faturamento, é plausível de se imaginar diferentes formas de se utilizar o critério de valor da operação – podendo se comparar, como visto, o valor de operação alemão e austríaco com o valor de transação norte-americano. Infelizmente, a legislação austríaca não poderá contribuir neste aspecto.

Por fim, em relação ao requisito (iv) – atuação em grande parte do mercado interno -, a norma também se caracteriza por ser uma cláusula geral e carecer de objetividade que nem o requisito disposto no §35(1a)(4) do ARC. Uma vez que não há uma explicação sobre como interpretar esta norma, devemos esperar futuros casos a fim de descobrir a interpretação dada pela autoridade concorrencial austríaca. Dessa forma, “as autoridades austríacas – e alemães – deverão desenvolver um conjunto de jurisprudência a fim de dar mais segurança às empresas”¹⁴⁶.

Em vista disso, demonstramos a evolução que as jurisdições alemã e austríaca trouxeram, em 2017, aos seus sistemas de controle de concentração. A introdução do critério de valor de operação indica uma preocupação dos legisladores desses países em incluir, ao exame de suas respectivas autoridade concorrencial, concentrações que não estavam sendo abrangidas por suas antigas regras de notificação obrigatória pelo critério de valor de faturamento. Como argumentaremos no capítulo 5, a introdução deste critério de valor de operação talvez seja o progresso e o próximo passo que as outras jurisdições devam dar a fim de aperfeiçoar o controle de concentração de seus países.

Portanto, finalizamos este capítulo após analisarmos os atos de concentração e os critérios de notificação do Direito Concorrencial norte-americano, comunitário, alemão e, ligeiramente, austríaco. O objetivo do capítulo não tinha por finalidade pormenorizar todos os diversos detalhes de cada controle de concentração das distintas jurisdições, mas realizar um panorama geral, apontando algumas diferenças e especificidades, e analisar, de um modo um pouco mais aprofundado, os critérios de notificação dessas jurisdições. Concluímos que o padrão utilizado atualmente é o critério de valor de faturamento das empresas para que uma concentração seja obrigada a notificar a autoridade concorrencial. Todavia, enquanto os EUA utilizam como principal critério o valor de transação, a Alemanha e Áustria inovaram ao modificar, em 2017, as suas legislações, introduzindo o critério de valor de operação como um critério adicional ao valor de faturamento.

¹⁴⁶ “Austrian – and German – authorities will have to develop a respective body of case law to give more certainty to undertakings”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 327. (tradução nossa).

No próximo capítulo, abordaremos a economia na era digital e as repercussões e adaptações que os mercados estão sofrendo com esta nova era. Assim como discutiremos sobre a ineficácia do critério único de valor de faturamento ao tratar de concentrações envolvendo empresas digitais, apontando o critério de valor de operação como uma suposta evolução no controle de concentração. E, por último, apresentaremos uma proposta de modificação legislativa para adicionar o critério de valor de operação no Direito Concorrencial brasileiro, nos moldes realizados pela Alemanha e Áustria, adequando as normas brasileiras a fim de lidar com esses novos tipos de atos de concentração que começaram a surgir nos últimos anos e que, como veremos, não estão sendo englobados pela nossa norma concorrencial e, por conseguinte, não sendo examinados pelo CADE.

4 A ECONOMIA DIGITAL E A SUA RELAÇÃO COM O ANTITRUSTE

Em 2014, uma aquisição entre duas empresas digitais levantou diversas questões sobre o papel do antitruste e sobre a sua suposta (in)eficiência na análise de mercados digitais. Esta aquisição foi o caso Facebook/WhatsApp em que, “apesar do tamanho relativamente pequeno do WhatsApp, o Facebook pagou USD 19 bilhões pela empresa, atingindo o valor futuro que eles esperavam obter com a aquisição”¹⁴⁷. O produto ofertado pelo WhatsApp (um aplicativo de troca de mensagens) era, e ainda é, altamente utilizado nas plataformas digitais - “o adolescente médio dos EUA, em 2015, enviava e recebia 30 mensagens por dia”¹⁴⁸. Além do problema de notificação deste caso, que será apresentado no segundo subcapítulo, “essa concentração revelou o escopo e as limitações das ferramentas analíticas das autoridades concorrenciais”¹⁴⁹.

O Facebook ficou mundialmente conhecido pela sua rede social, todavia, este não é o único serviço oferecido por esta empresa. O Messenger é um serviço de trocas de mensagens para as pessoas que têm um perfil no Facebook, o qual competia diretamente com o Whatsapp. Em relação a esses mercados digitais, o primeiro fato novo que as autoridades concorrenciais tiveram que lidar e adaptar as suas ferramentas teóricas era a gratuidade destes serviços, “O Facebook e muitos aplicativos de mensagens de texto são gratuitos [...]. A moeda nesses mercados são os dados”¹⁵⁰ - apesar do WhatsApp ter cobrado um valor para o seu uso durante um breve período¹⁵¹, ele logo virou gratuito novamente, não cobrando nada pela sua utilização. O ferramental teórico econômico clássico utilizado para todos os mercados “não digitais” nas análises antitrustes se baseiam em análises que têm como principal variável o preço. Contudo, em alguns desses mercados digitais, como no caso do Facebook/Messenger e Whatsapp, essas empresas não geram receitas com a venda de produtos e serviços, mas com a venda de publicidades direcionadas para os públicos alvos, acarretando a impossibilidade de

147 “[...] despite the comparatively small size of WhatsApp, Facebook paid USD19 billion for the company, hinting at the future value they expected to achieve from the acquisition”.

148 “The average US teenager in 2015 sent and received 30 texts per day”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 74. (tradução nossa).

149 “[...] this merger reveals the scope and limitations of the competition agencies’ analytical tools”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 75. (tradução nossa).

150 “Both Facebook and many texting apps are free [...]. The currency in these markets is data”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 74. (tradução nossa).

151 “Whatsapp charged users a nominal fee, and promised not to ‘collect names, emails, addresses or other contact information from its users ‘mobile address book or contact lists’ other than mobile phone numbers. In contrast, Facebook’s texting apps are free. Facebook harvests its users’ data to target them with advertisements”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 75.

uso das ferramentas clássicas de análise, uma vez que os produtos e serviços são comercializados por preço zero. Dessa forma, para gerar receita, “o Facebook coleta dados sobre os usuários de suas plataformas das redes sociais e os analisa para servir publicidades para os anunciantes, que são ‘direcionadas’ a cada usuário específico de suas plataformas das redes sociais”¹⁵². Ou seja, o que, de fato, o Facebook vende são espaços para anúncios “direcionados” para públicos alvos, e esses anúncios são criados a partir da coleta de dados de seus usuários.

Além deste primeiro problema que o caso trouxe para as autoridades concorrenciais, outra dificuldade surgiu como peça chave para a decisão nesse caso: o problema de privacidade dos dados¹⁵³. Enquanto empresas concorrentes competem normalmente entre si por diferenciais de preço e qualidade dos produtos, a Comissão concluiu que neste caso a concorrência entre o WhatsApp e o Messenger se dava por diferenciais de privacidade de dados. “O caso do Facebook/WhatsApp ilustra uma concentração típica de dois produtos diferenciados horizontalmente que fornece, aos consumidores um *trade-off* de preço/privacidade”¹⁵⁴. Todavia, o grau de substituíbilidade entre os produtos não é perfeito e nem alto, “segundo o raciocínio da Comissão, como o Facebook Messenger e o WhatsApp tinham diferentes proteções de privacidade, isso, entre outras coisas, sugeria que eles não eram concorrentes próximos”¹⁵⁵. Isto acontecia, pois o Messenger utilizava os dados gerados pelos seus usuários, enquanto o WhatsApp tinha como regra a não coleta e, por conseguinte, a não utilização de dados – um tipo de competição horizontal nunca antes visto (competição por privacidade). Uma análise mais pormenorizada sobre ferramental teórico antitruste e a relação deste com a privacidade de dados será realizada no primeiro subcapítulo.

152 “Facebook collects data regarding the users of its social networking platforms and analyses them in order to serve advertisements on behalf of advertisers, which are “targeted” at each particular user of its social networking platforms”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 76.

153 “Not surprisingly both privacy and Big Data issues arose in 2014 when Facebook announced its largest acquisition to date, buying the popular messaging app, WhatsApp, for USD 19 billion in cash and stock”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 73.

154 “The Facebook/WhatsApp case illustrates a typical merger of two horizontally differentiated products that provide consumers with a different price/privacy trade-off”. No mesmo sentido: “So pre-merger consumers could choose between two popular texting apps with different price/privacy trade-offs”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 75.

155 “Under the Commission’s reasoning, because Facebook Messenger and WhatsApp had different privacy protections, this, among other things, suggested that they were not close competitors”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 131.

Por fim, ainda que o caso tenha sido caracterizado por sua alta complexidade, “nem a FTC ou a Comissão Europeia contestaram a concentração”¹⁵⁶. Desse modo,

a Comissão concluiu que, independentemente da entidade resultante da concentração começar a usar os dados dos usuários do WhatsApp para melhorar a publicidade direcionada na rede social do Facebook, continuará a haver uma grande quantidade de dados de usuário na Internet que são valiosos para fins de publicidade e que não são exclusivos do controle pelo Facebook¹⁵⁷.

Isto é, a Comissão entendeu que o Facebook, como visto no capítulo anterior, não iria causar um “*significant impediment of effective competition*” (teste SIEC), pois há uma ampla gama de dados livres que são capazes de serem obtidos com um certo grau de facilidade na internet. Ademais, se o Facebook quiser utilizar os dados do WhatsApp nas suas análises publicitárias, ele é obrigado a obter o consentimento individual de cada usuário, pois nos termos e condições de uso do WhatsApp está expresso que ele não coletará e utilizará desses dados¹⁵⁸. Portanto, houve a aprovação dessa concentração tanto nos EUA quanto na UE – no Brasil, conforme veremos no segundo e terceiro subcapítulo, esta concentração não foi analisado pelo CADE, pois o critério utilizado no controle de concentração do Direito Concorrencial brasileiro é o valor de faturamento, e o WhatsApp não apresentava, no ano de 2014, um faturamento maior do que R\$ 75 milhões para que houvesse a obrigatoriedade da notificação. Apesar da aprovação sem nenhuma restrição, “essa decisão representa a vanguarda da atual análise de concentrações em mercados *multi-sided*, onde o produto ou serviço são gratuitos. No entanto, a análise é limitada”¹⁵⁹.

Podemos afirmar, sem medo de errar, que a era digital está realizando a maior revolução no antitruste em toda a sua existência. Esta nova era tecnológica, a fim de revolução ou criação, pode apenas ser comparada com a era dos *trusts* petrolíferos que resultou na criação do antitruste, do Direito Concorrencial e da Organização Industrial. Desde

¹⁵⁶ “Neither the FTC nor European Commission, however, challenged the merger”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 75.

¹⁵⁷ “[...], the Commission concluded that regardless of whether the merged entity will start using WhatsApp user data to improve targeted advertising on Facebook’s social network, there will continue to be a large amount of Internet user data that are valuable for advertising purposes and that are not within Facebook’s exclusive control”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 79. No mesmo sentido: “WhatsApp/Facebook, the European Commission officials noted that if a website, post- merger, “would start requiring more personal data from users or supplying such data to third parties as a condition for delivering its ‘free’ product” then this “could be seen as either increasing its price or as degrading the quality of its product”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 18.

¹⁵⁸ “If Facebook, post- merger, wanted to use data collected by WhatsApp in any way ‘that is materially inconsistent with the promises WhatsApp made’ when the data was collected, then Facebook first must obtain the individuals’ affirmative consent”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 75.

¹⁵⁹ “This decision represents the vanguard of the current analysis of data- driven mergers in multi- sided markets, where the product or service is free. Nonetheless, the analysis is limited”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 79.

essa época da segunda metade até o final do século XIX, o antitruste como um todo foi evoluindo, seja no campo do Direito com a criação de normas sobre atos ilícitos anticompetitivos ou normas sobre regimes de controle de concentração, seja no campo da Economia com a criação de teorias de comportamento de mercados, teorias de atuação de firmas, teorias econômicas de conluio, etc. Todavia, do *Sherman Act* de 1890 até os dias atuais, não houve um fato que pode ser mencionado como o causador de uma revolução nas metodologias e nos moldes de funcionamento desta disciplina do antitruste, uma vez que as metodologias e os modos de análise se desenvolvendo e evoluindo *step-by-step*.

Dessa forma, este capítulo apresenta como um dos seus objetivos demonstrar a revolução que a digitalização da economia está ocasionando no antitruste. Para isso, o primeiro subcapítulo apresentará este fenômeno que a doutrina denomina de “era digital” ou “digitalização da economia”, assim como a ideia da *data-driven economy*, e todas as suas consequências para o antitruste, principalmente o Direito Concorrencial e o controle de estrutura. No outros subcapítulos, aprofundaremos as mudanças da era digital no controle de estrutura, mais precisamente, na relação entre a economia digital, o antitruste, a proteção de dados e o controle de concentração. Realizaremos essa discussão a fim de entender as modificações recentes da era digital para discutirmos, no último capítulo, possíveis necessidades de alterações dos controles de concentração atuais.

4.1 COMPETITION POLICY NA ERA DIGITAL E NA DATA-DRIVEN ECONOMY

Este subcapítulo objetiva apresentar, de modo geral, o que a doutrina jurídica concorrencial e a literatura econômica denominam de “digitalização” da economia e as suas consequências para o antitruste. Dessa forma, primeiramente, mostraremos o conceito de Economia Digital e a sua diferença para a análise clássica de competição. Após isso, esmiuçaremos as características da Economia digital (altas economias de escala e de escopo, efeitos de redes, etc) e daremos um maior enfoque no impacto dos dados nesses mercados digitais – origem da *data-driven economy*. Por último, apontaremos os principais impactos da Economia Digital e dos dados no controle de concentração, pois, conforme veremos, esses mercados digitais causam mudanças de análise tanto no controle de conduta, quanto no controle de concentração. Destacaremos os efeitos digitais nas concentrações, uma vez que objetivamos criar uma base para a discussão sobre a eventuais (in)eficiências dos critérios de notificação de atos de concentração atuais.

4.1.1 ECONOMIA “CLÁSSICA” E COMPETIÇÃO

Em 2018, a Comissária Margrethe Vestager, atual Executiva Vice-Presidente-Designada da Comissão Europeia a fim de comandar estudos sobre a Era Digital e a UE e Comissária Europeia chefe do Departamento da Competição, requisitou um estudo para a DG Comp (*Directorate-General for Competition*), com intuito de saber como que as “políticas públicas concorrências deveriam evoluir para promover a inovação pró-consumerista na era digital”¹⁶⁰. Esse estudo, denominado de “*Competition Policy for the Digital Era*”, foi apresentado no início de 2019, sendo realizado por Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer, e começa por introduzir as ideias “clássicas” de competição e de antitruste.

Nas economias de mercado, a competição tem sido o modelo preferido para garantir que a economia atenda às necessidades dos cidadãos, e a competição é tradicionalmente entendida como a presença de um número suficientemente grande de empresas que produzem produtos similares. Para aumentar seus lucros, as empresas competem para adquirir participação de mercado por meio de preços mais baixos e inovação, tanto no design do produto quanto na tecnologia de produção. Quando essa competição não é possível, os governos tradicionalmente intervêm por meio de regulamentação ou propriedade pública – exemplos incluem redes de transporte e serviços públicos¹⁶¹.

Isto é, numa economia clássica de mercado, podemos citar algumas características sobre os modelos de competição das empresas dessa economia – como um alto número de empresas para que se possa afirmar que aquele mercado é competitivo. Contudo, “a concorrência tradicional – com um amplo número de empresas competindo – geralmente não é viável na economia digital”¹⁶². A partir dessa primeira distinção, veremos que, de fato, há diferenças entre as análises “clássicas” para as análises “digitais”, todavia, devemos sempre lembrar que, por mais difícil que seja a adaptação e o exame de casos digitais – visto que não estamos acostumados com esses casos –, as autoridades concorrenciais detêm um dever de proteger a competição e, principalmente, os consumidores (direta ou indiretamente), seja em

¹⁶⁰ “*Commissioner Vestager has asked us to explore how competition policy should evolve to continue to promote pro-consumer innovation in the digital era*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 2.

¹⁶¹ “*In market economies, competition has been the favored model to ensure that the economy serves the needs of citizens, and competition has traditionally been understood as the presence of a large enough number of firms producing similar products. In order to increase their profits, firms compete to acquire market share through lower prices and innovation both in product design and in production technology. When such competition is not possible, governments have traditionally intervened through regulation or public ownership – examples include transportation networks and public utilities*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 15.

¹⁶² “[...] *traditional competition – with a large number of firms competing – is often not feasible in the digital economy*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 15.

mercados digitais, seja em mercados não digitais, pois “em mercados competitivos, os consumidores devem reinar supremos”¹⁶³, mas, ao mesmo tempo, “não se pode simplesmente acreditar que as forças do mercado sempre protegerão os consumidores”¹⁶⁴.

4.1.2 DEFINIÇÃO DE ECONOMIA DIGITAL

Em setembro de 2019, foi realizada a VI Conferência sobre Concorrência do BRICS em Moscou, oportunidade no qual o CADE, juntamente com a ajuda das autoridades concorrenciais indiana CCI (*Competition Commission of India*), russa FAS (*Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation*), sul-africana CCSA (*Competition Commission of South Africa*) e chinesa SAMR (*State Administration for Market Regulation*), lançou o relatório sobre economia digital, denominado “*BRICS in the Digital Economy: competition policy in practice*”, estudando os impactos e diferenciais da Economia Digital nos países do BRICS, no mesmo molde do relatório da UE. O relatório começa demonstrando a definição (ou o não consenso de definição de Economia Digital): “Economia digital é um conceito ilusório. Não há uma definição acordada na literatura internacional, nem uma classificação clara dos setores ou produtos para as empresas da Internet e de serviços associados”¹⁶⁵. Apesar da constatação no relatório de que não há um consenso no seu conceito, eles definem Economia Digital como “negócios que fornecem produtos e/ou serviços usando tecnologias de informação e comunicação, especialmente a internet, com amplo uso de dados”¹⁶⁶. Ou seja, a principal diferença está nos modelos de negócios e nos produtos e serviços ofertados por essas empresas (e a utilização de recursos tecnológicos como a internet e dados), pois, apesar dos setores automotivos e de calçados oferecerem produtos distintos e apresentarem modelos de negócios diferenciados, há uma maior similaridade desses setores se comparado aos setores digitais e empresas de aplicativos, por exemplo.

No geral, as empresas da economia digital possuem modelos de negócios e arranjos que o diferenciam dos mercados tradicionais. Os produtos de empresas da economia

163 “*In competitive markets, consumers should reign supreme*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 5.

164 “[...] *one cannot simply believe that market forces will always protect consumers*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 6.

165 “*Digital economy is an elusive concept. There is no generally agreed definition in the international literature, nor a clear industry or product classification for internet companies and associated services*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 5.

166 “[...] *businesses that provide products and/or services using information and communication technologies, especially the internet, with an extensive use of data*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 5.

digital, geralmente, são baseados em inovação e essas empresas, geralmente, operam em plataformas *multi-sided* que apresentam recursos como fortes efeitos de rede (externalidade de rede) com baixo custo unitário ¹⁶⁷.

Portanto, a Economia Digital não deve ser entendida apenas como o surgimento de novos setores tecnológicos e inovadores (smartphones ou aplicativos, por exemplo), mas sim como um fenômeno que afeta, desigualmente – isto é, numa proporção maior em alguns setores do que em outros setores -, todas, ou quase todas, indústrias – até o setor da advocacia está sendo afetado com a implementação da Inteligência Artificial e a utilização de robôs para peticionar. “A digitalização está impactando, essencialmente, todas as indústrias, da manufatura aos serviços e agricultura” ¹⁶⁸. Ou seja, este fenômeno deve ser entendido como “uma progressiva digitalização e integração da economia e da sociedade” ¹⁶⁹.

E, desse modo, o estudo da digitalização se mostra essencial, seja pela ótica do antitruste ou qualquer outra ótica, uma vez que “até o final de setembro de 2018, as maiores empresas do mundo em capitalização de mercado estavam no setor digital, a saber, Apple, Amazon, Microsoft e Alphabet (holding do Google)” ¹⁷⁰.

4.1.3 CARACETRÍSTICAS DA ECONOMIA DIGITAL

O relatório da UE aponta que são, principalmente, três as características que distingue a Economia Digital:

(1) o papel dos dados, (2) retornos crescentes de escala e efeitos de rede – que explicam o surgimento das plataformas digitais e (3) economias de escopo, que explicam o surgimento e crescimento de ecossistemas digitais. Todos esses fatores influenciam fortemente a forma que a concorrência assume hoje ¹⁷¹.

¹⁶⁷ “[...] in general, digital economy firms have business models and arrangements that distinguish them from traditional markets. Products of companies in the digital economy are often innovation-based and these companies usually operate as multi-sided platforms that present features such as strong networks effects (network externalities) with low unit costs”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. P. 11.

¹⁶⁸ “Digitization is impacting essentially every industry, from manufacturing to services to agriculture”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 12.

¹⁶⁹ “[...] progressive digitalisation and integration of economy and society”. P. 1.

¹⁷⁰ “[...] by the end of September 2018, the first largest firms in the world by market capitalization were in the digital sector, namely Apple, Amazon, Microsoft and Alphabet”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 13.

¹⁷¹ “[...] three characteristics of the digital economy: (1) the role of data, (2) increasing returns to scale and network effects –which explain the rise of digital platforms and (3) economies of scope, which explain the emergence and growth of digital ecosystems. All of these factors heavily influence the form that competition takes today” CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 15. (tradução nossa). No mesmo sentido: “[...] economies of scope in product development (supply-side synergies) and ecosystem linkage (demand-side synergies)”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. **Digital Conglomerates and EU Competition Policy**.

A OCDE, em 2016, elaborou o primeiro dessa série de relatórios sobre a intersecção entre Economia Digital (neste caso, o Big Data mais especificamente) e o Antitruste. Denominado de *Big Data: bringing competition policy to the digital era*, o relatório influenciou diretamente os demais relatórios posteriores e apresentou, similarmente ao relatório da UE, as características particulares dos mercados da Economia Digital que utilizam Big Data.

(Esses mercados apresentam) altos custos irrecuperáveis e custos marginais próximos a zero. Isso é particularmente verdade no caso do Big Data, [...]. Uma vez que o sistema estiver em operação completa, os dados incrementais podem ‘treinar’ e melhorar os algoritmos a um baixo custo (assim, a qualidade do produto ou serviço também). Essa estrutura de custos é caracterizada por altas economias de escala e escopo e, portanto, pode facilitar a concentração do mercado de Big Data nas mãos de poucos *players*¹⁷².

Dessa forma, analisaremos, mais detalhadamente, essas características na seguinte ordem: (i) retornos de escala, (ii) externalidades de rede (separamos o estudo do retornos de escala da externalidade de rede, pois, apesar de apresentarem consequências complementares, apresentam origens distintas), (iii) economias de escopo e (iv) dados.

4.1.3.1 RETORNOS DE ESCALA/ECONOMIAS DE ESCALA E AS PLATAFORMAS DIGITAIS

A primeira característica apontada da Economia Digital são os seus “retornos de escala muito forte: o custo de produção é muito menor que proporcional ao número de clientes atendidos”¹⁷³.

A fim de entendermos o conceito de retornos de escala e economia de escala, imaginemos a seguinte situação: um fazendeiro produz 50 litros de leite por dia com as 10 vacas que ele tem na sua fazenda. Essas 10 vacas geram um custo diário de R\$50 (custos relacionados com alimentação, cuidados, tratamentos, mão de obra, etc.). Dessa forma, o

Paris: CERRE, 2019. p. 4. “[...] *which large economies of scope and scale, strong network effects, consumer services with no monetary cost [...]*”. FURMAN, Jason. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 119.

¹⁷² “[...] *high up-front sunk costs and close-to-zero marginal costs. This is particularly true in the case of Big Data, [...]. Once the system is fully operational the incremental data can ‘train’ and improve the algorithms at a low cost (thereby also the product or service quality). This cost structure is characterized by high economies of scale and scope and can therefore facilitate market concentration of Big Data in the hands of a few players*”. OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 11. (tradução nossa).

¹⁷³ “[...] *very strong ‘returns to scale’: the cost of production is much less than proportional to the number of customers served*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20.

custo médio do litro de leite é R\$ 1¹⁷⁴. Este fazendeiro, querendo aumentar a sua produção, compra mais 10 vacas e começa a gerar 100 litros de leite por dia com as suas 20 vacas. Todavia, visto que ele já sabia como tratar as vacas e também já possuía um local para cuidar dessas novas vacas, o custo diário atual dele é de R\$90, por conseguinte, o custo médio do fazendeiro nesta segunda situação é de R\$ 0,9¹⁷⁵. Comparando o custo médio da primeira situação (R\$ 1) com o custo médio da segunda situação (R\$ 0,9), concluímos que houve uma redução no custo médio e, a esta situação, os economistas denominam de economia de escala. “Economias de escala existem quando o custo médio de longo prazo declina à medida que a produção aumenta”¹⁷⁶.

De forma distinta, se imaginarmos uma terceira hipótese no qual o fazendeiro, não satisfeito com a quantidade de leite produzida, compre mais 20 vacas, aumentando a sua produção para 200 litros de leite por dia, e, desse modo, tendo que ampliar a sua fazenda, incorrendo num custo diário de R\$ 220, concluiremos que o custo médio do litro do leite se modificou para R\$1,1¹⁷⁷, ou seja, aumentou o custo médio. E, a esta situação, os economistas denominam de deseconomia de escala. “Deseconomias de escala existem quando o custo médio de longo prazo aumenta à medida que a produção aumenta”¹⁷⁸. Por último, podemos pensar numa situação em que o mesmo fazendeiro, partindo da situação inicial de 50 litros de leite por um custo diário de R\$50, compre mais 10 vacas e aumente a sua produção para 100 litros de leite por dia (do mesmo modo que a segunda hipótese), contudo, ao invés de incorrer num custo diário de R\$90, ele incorra num custo de R\$100, por conseguinte, um custo médio de R\$ 1¹⁷⁹, igual a sua situação inicial. Nesta situação, teremos retornos constantes de escala.

¹⁷⁴ O custo médio é dado pela divisão do custo total pela quantidade produzida: $CM = \frac{CT(Q)}{Q}$. Dessa forma, como o custo total foi de R\$50 para a produção de 50 litros de leite, realizamos a divisão e chegamos no custo médio da produção: $CM = \frac{CT(Q)}{Q} = \frac{R\$50}{50L} = R\$1L$. Para um maior entendimento ver: BAYE, Michael R. *Economia de Empresas e Estratégias de Negócios*. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010. p. 181.

¹⁷⁵ $CM = \frac{CT(Q)}{Q} = \frac{R\$90}{100L} = R\$0,9L$.

¹⁷⁶ BAYE, Michael R. *Economia de Empresas e Estratégias de Negócios*. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010. p. 187. No mesmo sentido: “Economies of Scale: situation in which output can be doubled for less than a doubling cost”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 246. “Economies of Scale: a characteristic of production in which average cost decreases as output goes up”. BESANKO, David A.; BRAEUTIGAM, Ronald R. *Microeconomics*. 2.ed. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2005. p. 270.

¹⁷⁷ $CM = \frac{CT(Q)}{Q} = \frac{R\$200}{200L} = R\$1,1L$.

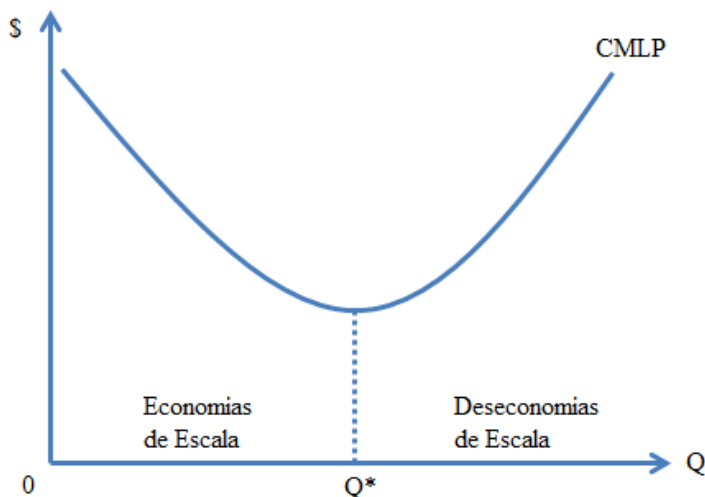
¹⁷⁸ “Diseconomies of scale: situation in which a doubling of output requires more than a doubling of cost”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 246. “Diseconomies of scale: a characteristic of production in which average cost increases as output goes up”. BESANKO, David A.; BRAEUTIGAM, Ronald R. *Microeconomics*. 2.ed. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2005. p. 270.

¹⁷⁹ $CM = \frac{CT(Q)}{Q} = \frac{R\$100}{100L} = R\$1L$.

“Retornos constantes de escala existem quando o custo médio de longo prazo permanece constante à medida que a produção aumenta”¹⁸⁰¹⁸¹.

Para um melhor entendimento sobre este conceito, a figura 2 apresenta graficamente as situações descritas. A curva do gráfico (CMLP) representa o custo médio no longo prazo, enquanto o eixo da abcissa representa a quantidade produzida (Q) e o eixo da ordenada apresenta o valor monetário do custo de produção (\$). Na primeira parte da curva, temos a situação descrita como economias de escala, ou seja, o custo médio diminui até chegar ao seu valor mínimo Q*. Ao chegar ao valor Q*, a empresa está minimizando o seu custo médio, isto é, dado a curvatura da CMLP conforme a figura abaixo, não existe como a empresa ter um custo médio de produção menor do Q*. Se a empresa começar a produzir uma quantidade maior do que Q*, ela irá provocar deseconomia de escala, visto que para qualquer $Q > Q^*$, o seu custo médio será maior $\frac{CT(Q)}{Q} > \frac{CT(Q^*)}{Q^*}$.

Figura 2 – Economias e Deseconomias de escala



Fonte: Baye (2010)

A situação de retornos constante de escala não pode ser visto na figura 2. Para imaginarmos esta situação, devemos imaginar uma CMLP perfeitamente elástica, isto é, paralela ao eixo da abcissa, pois, na situação de retornos constante de escala, independentemente do valor Q produzido, o seu custo médio será sempre \$.

180 BAYE, Michael R. **Economia de Empresas e Estratégias de Negócios**. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010. p. 186.

181 Iooty e Szapiro formalizam todas essas hipóteses das seguintes formas: 1. Se $f(tK, tL) < tf(K, L)$, os retornos de escala são decrescentes (há deseconomias de escala). 2. Se $f(tK, tL) = tf(K, L)$, os retornos de escala são constantes. 3. Se $f(tK, tL) > tf(K, L)$, os retornos de escala são crescentes (há economias de escala). IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 28. Já Varian formaliza a ideia de tecnologia: “A technology exhibits increasing returns to scale if $f(tx) > tf(x)$, for all $t > 1$. [...] A technology exhibits decreasing returns to scale if $f(tx) < tf(x)$ for all $t > 1$ ”. VARIAN, Hal R. **Microeconomics Analysis**. 3. ed.. New York: W.W. Norton, 1992. p. 16.

Alguns autores realizam uma distinção no conceito de economia de escala e retornos crescentes de escala. Pindyck e Rubinfeld apresentam essas duas definições: “retornos crescentes de escala: a produção mais que duplica quando as quantidades de todos os insumos são duplicadas. Economias de escala: uma duplicação da produção requer menos que uma duplicação de custos”¹⁸². Outros autores não realizam essa distinção, visto que o resultado das economias de escala ou dos retornos crescentes de escala são os mesmos: a redução do custo médio a partir de um aumento de produção. Dessa forma, entendemos que esses conceitos são sinônimos. E, do mesmo modo, interpretamos os conceitos de deseconomias de escala e retornos decrescente de escala: um aumento na quantidade produzida provoca um aumento o custo médio de produção.

Iooty e Szapiro, após demonstrar os conceitos de retornos crescentes, constantes e decrescentes de escala, realizam a análise das fontes das economias de escala. A primeira divisão que elas realizam é a divisão entre economias dinâmicas e economias estáticas de escala. Analisaremos, primeiramente, as economias estáticas para, após, examinarmos as economias dinâmicas.

Em relação às economias estáticas, há outra divisão: economias de escala reais e economias de escala pecuniárias. “As economias são ditas pecuniárias se o fator que as explica é uma redução no preço pago pelo insumo (p_i). Nesse caso, os custos se reduzem, mas não em resposta a mudanças reais no método de produção”¹⁸³. Dessa forma, podemos imaginar uma situação na qual um padeiro, a fim de produzir 1.000 pães, compre 10 sacos de farinha por R\$ 5 cada – o custo médio seria de cada pão seria R\$ 0,05¹⁸⁴. Entretanto, se o preço do saco de farinha cair para R\$ 4 cada, para produzir os mesmos 1.000 pães, ele gastará R\$ 40 reais, resultando numa economia de escala, visto que o custo médio do pão declinou para R\$ 0,04¹⁸⁵. Contudo, a economia de escala que ele teve foi puramente monetária/pecuniária, não podendo ser enquadrada numa economia de escala real.

¹⁸² “Increasing Returns of Scale: output more than doubles when the quantities of all inputs are doubled. Economies of Scale: a doubling of output requires less than a doubling of cost”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 246.

¹⁸³ IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 32.

¹⁸⁴ O Custo Total é dado pela multiplicação dos 10 sacos de farinha pelo preço de R\$ 10, ou seja, R\$50. Por conseguinte, $CM = \frac{CT(Q)}{Q} = \frac{R\$50}{1000 \text{ pães}} = R\$0,05 \text{ pão}$.

¹⁸⁵ $CM = \frac{CT(Q)}{Q} = \frac{R\$40}{1000 \text{ pães}} = R\$0,04 \text{ pão}$.

No tocante as economias de escala reais, quatro são as hipóteses. A primeira hipótese é a denominada de “ganhos de especialização”. Hipótese extraída do livro “A Riqueza das Nações”, de Adam Smith, relatando que:

Com uma maior quantidade de produto, maior poderá ser a divisão do trabalho, e mais os trabalhadores e máquinas poderão se especializar. Os trabalhadores adquirirão, pois, maior habilidade em suas funções e, com máquinas especializadas, maior será a sua produtividade, gerando, por conseguinte, menores custos ¹⁸⁶.

Apesar de não pormenorizarmos as outras três hipóteses, ressaltamos que todas as três se apresentam ao nível da planta produtiva, sendo elas: a indivisibilidade técnica¹⁸⁷, as economias geométricas¹⁸⁸ e as economias relacionadas à lei dos grandes números¹⁸⁹.

Todas as hipóteses de economias de escala vistas são em nível estático, ou seja, se aumentarmos ou diminuirmos as hipóteses de acontecimento, as economias ocorrerão em maior ou menor grau, contudo, essas economias não estão ligadas com o tempo. “Quando passamos a incorporar o tempo, isto é, a variação da quantidade com o passar do tempo, o relevante passam a ser as fontes de economias de escala dinâmicas”¹⁹⁰.

186 IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 32.

187 “A segunda fonte de economia de escala se relaciona com o tamanho dos equipamentos industriais, sendo, portanto, observável no nível de planta produtiva. Muito embora seja possível aumentar a quantidade do fator K, não é viável dividi-lo, uma vez que suas unidades estão definidas discretamente. Desse modo, como nem sempre é possível comprar equipamentos com um tamanho exato para produzir a quantidade de produto exatamente necessária, possíveis subutilizações do equipamento podem servir para uma futura expansão produtiva. Dessa forma, haveria, então, uma expansão produtiva a taxas constantes, ocasionando, portanto Custo Médio decrescentes”. IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 33.

188 “A terceira fonte de economia de escala é também relacionada com o tamanho do equipamento industrial, sendo, portanto, observado também no nível da planta produtiva. Essa fonte diz respeito às propriedades geométricas da unidade processadora. Em casos como das indústrias de processo químico e metalúrgico (como, por exemplo, o refino do petróleo, cimento, indústria química e geração de energia elétrica), a mais importante fonte de economia de escala no nível plana específico decorre da expansão do tamanho individual das unidades processadoras. O produto dessas unidades tende a ser proporcional ao volume da unidade, ao passo que o custo associado à produção é proporcional à área da superfície as unidades processadoras. [...] quanto maior a capacidade produtiva do equipamento (ou da planta), menos seriam os custos de aquisição associados”. IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 33.

189 “[...] quanto maior for o tamanho da planta produtiva, sendo, portanto, maior o número de máquinas utilizadas, proporcionalmente menores deverão ser, por exemplo, o staff de manutenção e o número de peças de reposição necessário. Ou seja, a equipe e os materiais utilizados para reposição e conserto de peças destinados a manter qualquer nível de atividade produtiva diante da possibilidade de problemas técnicos cresce menos do que proporcionalmente em relação ao número de máquinas em operação”. IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 33.

190 IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 34.

Iootty e Szapiro citam que são duas as principais fontes de economias de escala dinâmica: as economias de reinício (*set up*)¹⁹¹ e as economias de aprendizado. Destacamos maior importância às economias de aprendizado, pois elas estão presentes em quase todos os aspectos de nossas vidas, seja na vida cotidiana (do simples ato de fritar um ovo, por exemplo), seja na vida profissional. A ideia básica é que, com o passar do tempo e com a quantidade de repetição de um mesmo trabalho, nós, a partir de um processo de aquisição de conhecimento (*learning-by-doing*), tornamo-nos mais eficientes e, dessa forma, demandamos menores custos e tempo para produzir o mesmo resultado anterior. É a partir dessa ideia que se constrói a ideia de curva de aprendizado, onde o custo médio é um fator decrescente da produção acumulada.

Quando um novo processo ou produto é iniciado, origina-se também um processo de aprendizado. Em geral, o processo de produção das primeiras unidades envolve um certo nível de tentativa e erro uma vez que novos métodos são estabelecidos e as pessoas são treinadas. Assim, os custos iniciais por unidade são geralmente altos. À medida que a produção aumenta, os trabalhadores se tornam mais rápidos e precisos em suas funções; as máquinas são adaptadas e os ajustamentos são feitos na direção do melhor sistema de produção. Recentemente, os economistas têm chamado atenção para o fato de que a primeira empresa a se mover (a primeira que entra no mercado e adquire tamanho substancial e experiência com um produto) terá vantagens sobre as empresas seguidoras em função das economias de aprendizado¹⁹².

Como visto no início, há diferença na Economia Digital não é a existência de economias de escala, mas a existência de economias de escala muito elevadas. Para melhor entendermos essa situação, pensamos num exemplo de uma economia de escala de um mercado tradicional (latinhas de Coca-Cola, por exemplo) e uma economia de escala de um mercado digital (Facebook, por exemplo).

Ao pensarmos na primeira fábrica da Coca-Cola no Brasil, o custo médio de produzir a primeira latinha de Coca-Cola deve ter sido altíssimo, uma vez que, para se produzir essa latinha, o empresário teve que adquirir máquinas, alugar um espaço físico, contratar

191 “Os custos de reinício estão envolvidos na operacionalização de equipamentos ‘multitarefa’ para o desempenho de uma função ou produto específico. Como exemplo de empresas que utilizam equipamentos com várias funções podemos citar uma empresa produtora de automóveis. Tal empresa deve usar um equipamento de estamparia de metal que produz tanto o chassi quanto vários componentes, tais como portas, rodas, carrocerias, etc. O equipamento deve ser reinicializado toda vez que uma parte específica do produto final é produzida, uma vez que há a necessidade de regular a máquina para a execução de outra tarefa. O processo de ajuste do equipamento a um novo reinício envolve custos e tempo, visto que a regulagem da máquina implica que ela esteja fora de funcionamento. Nesse caso, quanto maior a produção, por mais tempo a máquina poderá operar com a mesma regulagem, o que irá reduzir os custos associados à perda de tempo necessária ao reinício da operação”. IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 34.

192 IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 34.

trabalhadores, gastar com burocracias para criar a empresa, insumos e demais gastos iniciais. Dessa forma, além dos custos variáveis da produção dessa latinha, há um custo inicial muito elevado e, ao dividir todos esses custos por uma latinha só, o custo médio deve ter sido altíssimo. Todavia, à medida que se começa a produzir centenas de milhares de latinhas de Coca-Cola, este custo médio começa a cair, pois o empresário não irá incorrer nos mesmos custos iniciais, sejam quais forem as fontes de economias de escala – a ideia é que os custos iniciais acontecem apenas uma vez e se diluem quanto maior for a produção. Contudo, sempre se terá um custo variável na produção de uma latinha de Coca-Cola (gasto com alumínio e a bebida de cola em si, por exemplo), independentemente da quantidade produzida.

A primeira parte do exemplo anterior (altos custos iniciais) também ocorre nos mercados digitais, há modificação está na segunda parte (custos variáveis). Imaginando o Facebook, Mark Zuckerberg e os outros inventores do Facebook tiveram altíssimos custos iniciais para desenvolver a plataforma do Facebook. Entendo a produção do Facebook como a quantidade de perfis criados, o custo do primeiro perfil do Facebook (podendo ser até o do próprio Zuckerberg) deve ter sido altíssimo, visto que ele desenvolveu toda uma plataforma para apenas um perfil ter sido criado. Contudo, à medida que mais pessoas foram aderindo ao Facebook e mais perfis foram sendo criados, esses custos iniciais de criação da plataforma foram se diluindo dentro do custo médio. A diferença das economias de escala nos mercados digitais não está nos custos iniciais (apesar de não termos monetizados, devemos pensar num alto valor seja para a criação de uma fábrica da Coca-Cola, seja a criação do Facebook), mas nos custos variáveis. Atualmente, apesar de não termos o valor exato, o custo que o Facebook tem para se criar um perfil na sua página é baixíssimo (valor muito perto de zero). O custo variável na produção de um perfil é dado por algum valor no espaço da memória dos servidores do Facebook, ou seja, um custo realmente ínfimo. Para o Facebook, não há diferença no seu custo total se eles têm 2 bilhões de usuários ou 2 bilhões e um de usuários, uma vez que não há um custo de insumo para a produção do seu produto (diferentemente dos custos de insumo na produção da latinha de Coca-Cola) e, destarte, a sua estrutura de custo é formada por, basicamente, o seu custo inicial. Resumindo, “os custos aumentam muito mais lentamente do que o número de usuários”¹⁹³.

Ademais, os mercados digitais, baixando ainda mais os seus custos variáveis, não apresentam um alto custo para a entrega do seu produto. Enquanto a latinha de Coca-Cola

¹⁹³ “[...] *the costs rise much more slowly than the number of users*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20.

incorre em custos de transporte, logística e entrega a fim de que o cliente obtenha esse bem e possa desfrutar dessa bebida, o Facebook não apresenta essa série de custo de transação relacionado à efetiva entrega do produto. “Uma vez criada, a informação pode ser transmitida a um grande número de pessoas a um custo muito baixo”¹⁹⁴. O custo para se obter as informações do Facebook seria, aproximadamente, o valor mensal de Internet e os valores gastos com computadores e celulares. Porém, como não se realizam esses gastos apenas para o uso do Facebook, eles acabam sendo identificados como um custo muito baixo.

Uma das consequências das economias de escala, influenciado por esse modo de redução de custos de transação, foi a adaptação dos modelos de negócio atuais para a utilização de plataformas. “As plataformas agora caracterizam uma significativa parte da economia digital, criando mercados, atuando como mídias de interação social e altera os modelos de negócios de varejo”¹⁹⁵. Outra consequência, como melhor veremos no próximo subcapítulo, é que “a presença de grandes economias de escala também ajuda a entender a ascensão do serviço gratuito”¹⁹⁶. Dessa forma, concluímos que a primeira característica da Economia Digital é o alto retorno crescente de escala ou a alta economia de escala desses mercados.

4.1.3.2 EXTERNALIDADES DE REDE

A externalidade de rede é um conceito extremamente em voga, sendo instigado pelos debates acadêmicos da Economia Digital e da explosão na utilização de dados (Big Data). Dessa forma, a fim de melhor compreendermos este outro conceito econômico – antes de o definirmos – retomemos uma ideia central da Economia e, após, analisamos dois exemplos.

A Economia entende que as pessoas adquirem e usufruem de bens com o intuito de satisfazer as suas necessidades, e, quanto maior for a satisfação dessas necessidades, maior será a utilidade de determinado bem para essa pessoa. Ou seja, as pessoas estão dispostas a adquirir bens a partir do valor de utilidade que determinado bem traz a elas. Desse modo, no primeiro exemplo, imaginamos que uma pessoa compre um carro. A principal utilidade que

¹⁹⁴ “Once created, information can be transmitted to a large number of people at very low cost”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20.

¹⁹⁵ “Platforms now characterize a significant part of the digital economy, creating marketplaces, acting as social interaction media and changing retail business models”. CADE. *BRICKS in the digital economy: competition policy in practice*. Brasília: CADE, 2019. p. 6.

¹⁹⁶ “The presence of large economies of scale also helps understand the rise of free services”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20.

um carro traz para a pessoa é a satisfação da necessidade de locomoção dessa pessoa, por conseguinte, apesar de, obviamente, o carro apresentar outras satisfações, a utilidade do carro está, por si só, no seu uso e na realização da satisfação da necessidade de transporte. No segundo exemplo, pensemos num telefone. A utilidade de um telefone está na satisfação da necessidade de comunicação das pessoas. Contudo, esta utilidade do telefone, diferentemente da utilidade do carro, apresenta um fator imprescindível: a obrigatoriedade de que outras pessoas também tenham um telefone. Conseqüentemente, se apenas uma pessoa tiver um telefone, este bem não apresentará utilidade alguma, uma vez que a pessoa não conseguirá satisfazer nenhuma necessidade de comunicação, pois nenhuma outra pessoa tem um telefone. Todavia, se 2 pessoas tiverem telefones, essas pessoas já poderão se telefonar e, assim, já teremos utilidade desses telefones e a satisfação de necessidade de comunicação. Com 2 pessoas, temos apenas 1¹⁹⁷ possibilidade de comunicação, contudo, com 3 pessoas possuindo telefones, haverá 3¹⁹⁸ possibilidades de comunicação (com 4 pessoas, 6¹⁹⁹ possibilidades de comunicação; com 5 pessoas, 10²⁰⁰ possibilidades de comunicação e assim por diante). Ou seja, a utilidade de um telefone para uma pessoa respeita uma progressão geométrica do número pessoas que também tiverem um telefone. A este fenômeno, Shapiro e Varian deram o nome de Lei de Metcalfe.

As exterioridades de rede situam-se na base da lei de Metcalfe, assim denominada em homenagem a Bob Metcalfe, o inventor da Ethernet. (Metcalfe diz-nos que foi George Gilder quem lhe atribuiu essa lei, mas ele deseja receber o crédito por ela). A lei de Metcalfe: o valor da rede eleva-se como o quadrado do número de usuários. A lei de Metcalfe é mais uma regra prática do que uma lei, mas ela com efeito surge de modo relativamente natural. Se houver n pessoas em uma rede e o valor da rede para cada uma dessas pessoas for proporcional ao número de *outros* usuários, então o valor total da rede (para todos os usuários) é proporcional a $n \times (n - 1) = n^2 - n$. Se o valor da rede para um único usuário for US\$1,00 para cada outro usuário na rede, então uma rede de tamanho 10 tem um valor total de aproximadamente US\$ 100,00. Em contrapartida, uma rede de tamanho 100 tem um tamanho total de cerca de US\$10.000,00. Um aumento de dez vezes no tamanho da rede conduz a um aumento de centena de vezes no valor dela²⁰¹.

Portanto, enquanto um carro satisfaz as necessidades das pessoas por si só, assim como uma latinha de Coca-Cola satisfaz necessidades por si só, o telefone não satisfaz necessidades por si só, dependendo que as outras pessoas também tenham telefonem e satisfazendo mais necessidades quanto mais pessoas tiverem telefone. Por conseguinte, a

¹⁹⁷ Tendo as pessoas A e B, a pessoa A poderá ligar apenas para a pessoa B.

¹⁹⁸ Tendo as pessoas A, B e C, poderá haver 3 ligações: AB, BC e AC.

¹⁹⁹ Tendo as pessoas A, B, C e D, poderá haver 5 ligações: AB, AC, AD, BC, BD, CD.

²⁰⁰ Tendo as pessoas A, B, C, D e E, poderá haver 10 ligações: AB, AC, AD, AE, BC, BD, BE, CD, CE, DE.

²⁰¹ SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A Economia da Informação**: como os princípios econômicos se aplicam à internet. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 216.

utilidade de um carro e de uma latinha de Coca não depende de outros carros ou outras latinhas, mas a utilidade do telefone depende e aumenta, mais que proporcionalmente, quanto mais telefones existirem. E a este fenômeno, de aumento de utilidade de um bem, mais que proporcional, devido ao aumento do número de usuários, que se denomina externalidade de rede²⁰² e efeitos de rede²⁰³.

Pode-se haver externalidades positivas de rede – como o exemplo do telefone acima (um aumento no número de usuários leva um aumento na utilidade do bem) -, assim como pode haver externalidades negativas de rede – como o chamado efeito esnobe e bens esnobes.

Externalidade negativa de rede na qual um consumidor deseja possuir um bem exclusivo ou único. A quantidade demandada de um ‘bem esnobe’ é maior quanto menor for o número de pessoas que o possuem. Obras de arte raras, carros esportivos especialmente projetados e roupas sob encomenda são bens esnobes. O valor que alguém obtém de uma pintura ou de um carro esportivo é, em parte, o prestígio, o status e a exclusividade resultantes do fato de poucas pessoas possuírem um bem igual a ele. [...]. Para muitos produtos, marketing e publicidade são voltados para a criação de um efeito esnobe (por exemplo, relógios Rolex). O objetivo é uma demanda menos elástica – um resultado que possibilita às empresas aumentarem os preços²⁰⁴.

Assim como a primeira característica da Economia Digital (economia de escala), a externalidade de rede também já existia antes da Economia Digital – como é o caso dos telefones. Contudo, nos mercados digitais, a externalidade de rede está presente na maioria dos produtos e serviços, gerando uma série de consequências novas nunca antes vista.

Utilizando o Facebook como exemplo mais uma vez, notamos que há a presença de externalidades de rede no seu produto. Não há sentido existir uma rede social com apenas um usuário, isto é, a utilidade de uma rede social com um único usuário é zero. Do mesmo modo que o telefone, a utilidade individual de uma pessoa que utiliza o Facebook aumenta quanto maior for o número de pessoas a utilizando, porém, diferentemente do telefone, o Facebook apresenta dois tipos de externalidade de redes (direta e indireta), visto que “o valor de uma rede social para um usuário aumenta quanto mais amigos e colegas ingressam na plataforma e

202 “[...] the usefulness for each user of using a technology or a service increases as the number of users increases”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20. Ver também: BAYE, Michael R. *Economia de Empresas e Estratégias de Negócios*. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010. p. 496-502. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 136- 140.

204 “Negative network externality in which a consumer wishes to own an exclusive or unique good. The quantity demanded of a ‘snob good’ is higher the fewer the people who own it. Rare Works of art, specially designed sports cars, ad made-to-order clothing are snob goods. The value one gets from a painting or a sports car is partly the prestige, status, and exclusivity resulting from the fact that few other people own one like it. [...] For many goods, marketing and advertising are geared to creating a snob effect (e.g., Rolex watches). The goal is less elastic demand – a result that makes it possible for firms to raise prices”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 137-138. (tradução nossa)

o valor da plataforma social aumenta para os anunciantes quanto mais usuários aderirem à plataforma”²⁰⁵.

No caso do telefone, temos apenas um grupo (ou um lado), o grupo dos usuários do telefone. Contudo, no Facebook, temos dois grupos (ou dois lados), o grupo dos usuários do Facebook e o grupo dos anunciantes do Facebook. A partir dessa diferença, podemos realizar a classificação entre externalidade de rede direta e indireta. A externalidade de rede direta acontece “quando o benefício que os usuários de um grupo obtêm de um serviço específico depende do número de outros usuários desse grupo que usam o serviço”²⁰⁶, ou seja, a utilidade de um usuário com perfil no Facebook aumenta quanto mais usuários criarem perfis. Já a externalidade indireta acontece “quando o benefício que os usuários de um grupo obtêm do serviço depende do número de usuários de um grupo diferente utilizando o serviço”²⁰⁷, ou seja, pensando em relação aos anunciantes de produtos no Facebook, a utilidade deles aumenta quanto maior for o número de perfis no Facebook, uma vez que aumentará a quantidade de pessoas vendo os seus anúncios. Isto é, a utilidade de um serviço (anúncio de Facebook) aumenta quanto maior for a presença de usuários do outro grupo (usuários do Facebook) e não da presença de usuários do seu próprio grupo (anunciantes). Pensando no aplicativo Uber, por exemplo, a principal externalidade de rede é a indireta, uma vez que a utilidade dos motoristas do Uber aumenta quanto maior for o número de passageiros do Uber (uma maior demanda de serviço, gerando mais renda) e a utilidade dos passageiros do Uber aumenta quanto maior for o número de motorista do Uber (uma maior oferta do serviço, diminuindo o tempo de espera das corridas). Nesse fenômeno, “os usuários de cada lado são atraídos pela presença de usuários do outro lado”²⁰⁸.

Essas externalidades de rede indireta apresentou uma consequência relativamente famosa na literatura econômica denominada de plataformas de dois lados, uma vez que esses casos apresentam dois grupos/lados distintos (usuários e anunciantes ou demandantes e

205 “[...] *the value of a social network to a user increases the more friends and colleagues join the platform and the value of the social platform increases to advertisers the more users adhere to the platform*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 6.

206 “[...] *when the benefit that users of one group get from a specific service depends on the number of other users from this group using the service*”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 27.

207 “[...] *when the benefit that users of one group get from the service depends on the number of users from a different group using the service*”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 27.

208 “*The users on each side are attracted by the presence of the users on the other side*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 30.

ofertantes, por exemplo) e uma plataforma intermediando esses grupos (como Facebook, Uber, iFood, etc.).

Um caso especial de externalidade de rede ganhou muita atenção desde o início do século: *two-sidedness* (dois lados). Uma plataforma apresenta dois lados quando conecta dois grupos diferentes e bem identificados de usuários. [...] Para plataformas de dois lados, o benefício que um lado obtém da plataforma depende de quem participa do outro lado: seu número, mas também sua identidade²⁰⁹.

Em alguns casos, essas plataformas de dois lados, também influenciadas pela elevada economia de escala dos mercados digitais, originaram um modelo de negócio ainda não compreendido na sua totalidade pela literatura antitruste: a ideia do *free service* e/ou grupo subsidiado.

As ‘plataformas de atenção’, como os *search engines* ou redes sociais, normalmente fornecem um conjunto de serviços ‘gratuitos’ subsidiados por publicidade vendida com base ‘por clique’. Dessa forma, em vez de pagar um preço monetário pelo serviço, os consumidores pagam com a sua atenção²¹⁰.

Ou seja, “o lado que é mais valioso para o outro lado será ‘subsidiado’: fora do campo da economia digital, por exemplo, jornais e revistas por muito tempo cobraram dos leitores preços menores do que o custo, pois mais leitores atraem mais publicidades”²¹¹. O Facebook é, outra vez, um exemplo desse fenômeno, visto que o Facebook, para os usuários, é um *free service*, uma vez que são os anunciantes que subsidiam os usuários ao anunciar os seus produtos, gerando receita para o Facebook. Todavia, o fenômeno da gratuidade de um lado do serviço pelo subsídio do outro lado não é um fato intrinsecamente novo (podemos citar, como exemplo, o jornal mundial Metro, uma vez que ele não cobra nada dos leitores, distribuindo-o de graça, gerando receita somente com a venda de publicidade no jornal). A diferença, mais uma vez, está no número de casos nos mercados digitais com essas características, sendo um modelo de negócios recorrente da Economia Digital.

²⁰⁹ “A special case of network externalities has gained lots of attention since the beginning of the century: *two-sidedness*. A platform exhibits *two-sidedness* when it connects two different and well-identified groups of users. [...] For two-sided platforms, the benefit that one side derives from the platform depends on who participates on the other side: their number, but also on their identity”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p.

²¹⁰ “Attention platforms, such as search engines or social networks, typically provide a set of ‘free’ services that are subsidized by advertising sold on a ‘per-click’ basis. This way, instead of paying a monetary price for the service, consumers pay with their attention”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 12.

²¹¹ “The side which is the most valuable to the other side will be “subsidized”: outside of the digital economics realm, for instance, newspapers and magazines have long charged readers less than cost, because more readers attract more advertising”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 33.

Sabendo que a curva da demanda apresenta a “relação entre a quantidade de um bem que os consumidores estão dispostos a comprar e preço do bem”²¹² e que ela tem uma inclinação negativa (quanto maior preço, menor a quantidade demandada e quanto menor o preço, maior a quantidade demandada), justifica-se que haja esse comportamento de subsídio, pois “há uma descontinuidade ascendente na demanda quando o preço chega a zero”²¹³. Isto é, quando o preço é zero, a quantidade demandada explode, tendendo ao infinito, portanto, o ofertante venderá muito mais produtos sendo o preço zero do que o preço positivo – qualquer que seja. Concluimos, então, que, “quando os retornos de escala e a atração da gratuidade forem fortes o suficiente, escolher-se-á o segundo”²¹⁴. Dessa forma, são essas as justificativas da literatura para o fenômeno da gratuidade e do subsídio de um grupo ao outro.

Já em relação ao antitruste, os “efeitos de rede podem ter impactos negativos e positivos para a concorrência”²¹⁵. As consequências positivas ao antitruste estão relacionadas com o aumento de eficiência gerado pelas externalidades de rede.

As consequências das externalidades (positivas) da rede para a concorrência são semelhantes às de retornos crescentes de escala: plataformas grandes são mais eficientes do que plataformas menores, deixando espaço para apenas um pequeno número de plataformas no mercado²¹⁶.

Contudo, ao menos para o antitruste, as externalidades de rede trazem mais problemas do que soluções, visto que “os efeitos de rede, às vezes, permitem que grandes empresas se tornem maiores até dominarem o setor”²¹⁷. Uma dificuldade apontada pela literatura é para o problema de migração entre plataformas causada por diferenças entre os benefícios individuais e sociais dos usuários de uma plataforma.

A dificuldade para os usuários coordenarem a migração para uma nova plataforma. De fato, mesmo se todos os usuários estiverem em melhor situação se migrassem em

²¹² “*Relationship between the quantity of a good that consumers are willing to buy and the price of the good*”. . PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 23.

²¹³ “[...] *there is an upward discontinuity in demand when the price reaches zero*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20.

²¹⁴ “*When both returns to scale and the attraction of free are strong enough, it will choose the second*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20.

²¹⁵ “*Network effects can have both negative and positive impacts on competition*”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 28.

²¹⁶ “[...] *the consequences of (positive) network externalities for competition are similar to those of increasing returns to scale: large platforms are more efficient than smaller ones leaving space for only a small number of platforms in the market*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 22.

²¹⁷ “[...] *network effects, at times, enable big firms to become bigger until they dominate the industry*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 7.

massa para uma nova plataforma, eles não teriam, necessariamente, um incentivo individual para mudar para uma nova plataforma ²¹⁸.

Segundo Shapiro e Varian, isto acontece, pois:

ninguém vai querer ser o primeiro a abrir mão das externalidades de rede e arriscar-se a ficar marginalizado. É precisamente porque diversos usuários encontram dificuldade para *coordenarem-se* para mudar para uma tecnologia incompatível que controlar uma grande base instalada de usuários pode ser o maior ativo que você possa ter ²¹⁹.

Dessa forma, por exemplo, mesmo sabendo que há uma nova rede social que satisfaria muito mais as necessidades dos usuários do que o Facebook, os usuários terão dificuldades para migrarem de plataforma. Isto acontece, uma vez que não há incentivo individual para realizar esta migração, pois ninguém está utilizando esta nova plataforma e, como visto, não há utilidade (sentido) participar de uma rede social que só há um usuário. As autoridades concorrenciais se preocupam com esse fenômeno, conhecido como *winner-takes-it-all* ou *winner-takes-most* (veremos esse fenômeno no subcapítulo do Big Data), visto que o fenômeno leva a uma concentração excessiva, na maioria dos casos até a monopolização, de um mercado digital. A consequência deste fenômeno para a concorrência é que “onde existem externalidades de rede, um novo participante precisa não apenas oferecer melhor qualidade e/ou um preço mais baixo que o titular, mas também convencer os usuários da empresa estabelecida a coordenar sua migração para seu próprio serviço” ²²⁰. Ou seja, em mercados digitais com externalidades de rede e o fenômeno de *winner-takes-it-all*, a empresa concorrente, além de competir com uma empresa já estabelecida no mercado e com um maior *market share*, enfrentará um obstáculo a mais que é o convencimento dos consumidores a migrarem de plataforma em massa, pois, dificilmente, será possível de convencer esses consumidores em nível individual.

Outra consequência é que, nesses casos, raramente haverá uma competição horizontal entre as empresas, assemelhando-se mais a uma competição em nível de conglomerados.

Plataformas concorrentes raramente competem diretamente com uma plataforma dominante; a concorrência ocorre através de nichos, pois uma plataforma oferece alguns serviços que não são oferecidos por uma plataforma dominante, opera em

²¹⁸ “[...] *the difficulty for users to coordinate migration to a new platform. Indeed, even if the users would all be better off if they migrated en masse to a new platform, they would not necessarily have an individual incentive to move to the new platform*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 22.

²¹⁹ SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A Economia da Informação**: como os princípios econômicos se aplicam à internet. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 217.

²²⁰ “[...] *where network externalities exist, a new entrant needs not only to offer better quality and/or a lower price than the incumbent, but also to convince users of the incumbent to coordinate their migration to its own services*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 36.

mercados adjacentes ou, quando tecnicamente possível, oferece serviços que complementam os da plataforma principal ²²¹.

Portanto, concluímos a segunda característica da Economia Digital, as externalidades de rede. Juntamente com os retornos crescentes de escala, as externalidades de rede geram novos desafios ao antitruste, seja na parte do controle de conduta, seja na parte de controle de estrutura. Como veremos mais para frente, esses desafios contestam as ferramentas de análises do antitruste atual, levantando muitas questões ainda não respondidas.

4.1.3.3 ECONOMIAS DE ESCOPO

Com a intenção de entender o conceito de economias de escopo, retomamos o exemplo do fazendeiro feito no subcapítulo das economias de escala. No exemplo dado, o fazendeiro, com suas 10 vacas, produz 50 litros de leite por dia com um custo diário de R\$ 50. Na fazenda vizinha, o fazendeiro também tem 10 vacas, mas, ao invés de produzir leite, ele produz queijo. Diariamente, o fazendeiro produz 2 kg de queijo por dia pelo mesmo custo diário de R\$ 50. Este fazendeiro, já com muitos anos e cansado de trabalhar, resolve vender toda a sua fazenda para o fazendeiro vizinho que aceita comprar a fim de diversificar a produção. Logo, o primeiro fazendeiro passa a ter 20 vacas, 10 vacas produzindo leite e 10 vacas produzindo queijo. Todavia, em relação aos custos, devido ao fato dele já possuir o *know-how* de como cuidar das vacas, além de já ter um espaço para deixá-las, o seu custo diário, ao invés de ser R\$100, é de R\$90. Ou seja, o fazendeiro, ao realizar a produção de dois produtos distintos, apresenta uma economia de R\$ 10 se comparado à mesma quantidade produzida, porém produzida por dois fazendeiros (ou duas empresas) distintos. A essa economia, os economistas denominam de economia de escopo. “Economias de escopo: situação em que a produção conjunta de uma única empresa é maior que a produção que poderia ser alcançada por duas empresas diferente quando cada uma produz um único produto” ²²². Da mesma forma que há a discussão sobre a diferença entre retornos crescentes

221 “[...] *entrant platforms rarely compete directly with a dominant platform; rather competition comes through niches as a new platform offers some services which are not offered through a dominant platform, operates in adjacent markets, or, when technically possible, offers services which complement those of the main platform*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 37.

222 “*Economies of Scope: situation which joint output of a single firm is greater than output that could be achieved by two different firms when each produces a single product*”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 250. “*Economies of Scope: a production characteristic in which total cost of producing given quantities of two goods in the same firm is less than the total cost of producing those quantities in two single-product firms*”. BESANKO, David A.; BRAEUTIGAM, Ronald R. *Microeconomics*. 2.ed. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2005. p. 284.

de escala e economias de escala, há a discussão entre retornos crescentes de escopos e economias de escopo. Contudo, o resultado final é o mesmo: ou uma diminuição do custo total produzindo as mesmas quantidades iniciais, ou uma maior quantidade produzida com os mesmos custos iniciais. No final, há uma eficiência, seja pela diminuição do custo ou pelo aumento da produção, podendo entender esses conceitos como sinônimos.

No entanto, se imaginarmos a mesma situação da compra da fazenda só que, nesta hipótese, o custo diário para a mesma produção for de R\$ 110, visto que a fazenda não apresenta infraestrutura para abrigar 20 vacas, haverá um aumento de R\$ 10 no custo, ou seja, deseconomia de escopo. “Deseconomia de escopo: situação na qual a produção conjunta de uma única empresa é menor do que poderia ser alcançada por empresas separadas quando uma produz um único produto”²²³. Por último, podemos pensar numa terceira situação que, ao adquirir as novas vacas, o fazendeiro apresente um custo diário de R\$ 100, valor igual ao custo na situação de produção dos dois fazendeiros. Nesse caso, dizemos que há um retorno constante de escopo.

Formalmente²²⁴, podemos descrever a primeira situação como $C(q_{leite}, q_{queijo}) < C(q_{leite}, 0) + C(0, q_{queijo})$, pois $R\$ 90 < R\$ 50 + R\$ 50$. A segunda situação como $C(q_{leite}, q_{queijo}) > C(q_{leite}, 0) + C(0, q_{queijo})$, pois $R\$ 110 > R\$ 50 + R\$ 50$. E, por fim, a terceira situação como $C(q_{leite}, q_{queijo}) = C(q_{leite}, 0) + C(0, q_{queijo})$, pois $R\$ 100 = R\$ 50 + R\$ 50$.

Em relação às fontes de economias de escopo, Iotty e Szapiro citam três hipóteses para o seu acontecimento. A primeira é a “existência de fatores comuns”, isto é, algumas produções apresentam alguns equipamentos similares (como os equipamentos utilizados nas vacas para a produção de leite e queijo), nesses casos, há eficiências relacionadas na

²²³ “Diseconomies of Scope: situation in which joint output of a single firm is less than could be achieved by separate firms when each produces a single product”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 250.

²²⁴ Iotty definem formalmente economias de escopo como: $C(q_a, q_b) < C(q_a, 0) + C(0, q_b)$. Dessa forma, há deseconomias de escopo quando $C(q_a, q_b) > C(q_a, 0) + C(0, q_b)$ e retornos constante de escopo quando $C(q_a, q_b) = C(q_a, 0) + C(0, q_b)$. IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 35. Ver também: BAYE, Michael R. **Economia de Empresas e Estratégias de Negócios**. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010. p. 188. BESANKO, David A.; BRAEUTIGAM, Ronald R. *Microeconomics*. 2.ed. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2005. p. 284. Outra formalização é trazida por Pindyck e Rubinfeld ao nos relatar sobre o grau de economias de escopo. “Degree of economies of scope (SC). Percentage of cost savings resulting when two or more products are produced jointly rather than individually”. Dessa forma, eles formalizam o grau de economias de escopo como $SC = \frac{C(q_1) + C(q_2) - C(q_1, q_2)}{C(q_1, q_2)}$.

Haverá economia de escopo se $SC > 0$, retorno constante de escopo se $SC = 0$ e deseconomia de escopo se $SC < 0$. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009. p. 250.

utilização desses equipamentos, tornando lógica a produção em conjunto, ao invés da produção separada, desses bens.

A primeira fonte de economia de escopo é verificada quando, para a produção de um bem, é necessária a aquisição de um fator de produção comum, isto é, que se adquire uma única vez. Uma vez que tal fator tenha sido comprado, sua posterior utilização na produção de outro bem é praticamente gratuita²²⁵.

A segunda e a terceira hipótese são mais técnicas, sendo elas a “existência de reserva de capacidade”²²⁶ e a “complementaridades tecnológicas e comerciais”²²⁷. Em suma, as economias de escopo aparecem quando há a fabricação de produtos com algum grau de similaridade, ocasionando uma eficiência na diminuição de custos ou no aumento da quantidade produzida desses dois bens.

Em relação ao mercado digital, a economia de escopo se caracteriza por evoluir a ideia inicial de plataforma – vista na parte da economia de escala e externalidade de rede – para a ideia de ecossistema. “Grandes plataformas de multisserviço se beneficiam daquilo que os economistas chamam de ‘economias de escopo’: uma vez que oferecem um serviço, tornam-se mais eficientes em oferecer a outros”²²⁸.

O melhor exemplo de economias de escopo e ecossistema na Economia Digital são os smartphones desta década, pois “hoje, ao comprar um telefone, você ‘compra’ um grande

²²⁵ IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 35.

²²⁶ “A segunda fonte de economia de escopo ocorre quando um insumo (ou alguns insumos) pode(m) ser compartilhado (s) para produzir vários produtos em função de seu processo produtivo. Se existe capacidade ociosa na planta instalada para produção da principal linha de produto, a empresa tem um incentivo para procurar produtos que possam utilizar a reserva de capacidade. Esse tipo de economia de escopo se diferencia da anterior já que a capacidade utilizada para a produção de um determinado bem não pode ser compartilhada para a produção de um outro, diferentemente do bem comum adquirido, com o visto anteriormente. Somente a capacidade ociosa pode ser usada na produção de um bem que tenha um processo produtivo relativamente similar ao principal produto da empresa. Assim, esse tipo de economia de escopo estaria associado a uma das fontes de economias de escala reais, seja qual for a propriedade de indivisibilidade técnica anteriormente descrita”. IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 35.

²²⁷ “A terceira fonte de economias de escopo surge de complementaridades tecnológicas e comerciais na produção de alguns bens, constituindo-se na fonte mais importante em termos de desdobramentos econômicos. Esse tipo de economia de escopo pode gerar sinergias na produção de alguns bens e ocorre quando os produtos apresentam similaridades em termos de base técnica e/ou de mercado. A utilização de insumos comuns e a propaganda com os produtos são importantes fontes desse tipo de economias de escopo. Esta última ocorre porque, na medida em que uma empresa realiza custos com propaganda de um determinado produto e este passa a ser reconhecido no mercado por sua qualidade, a empresa poderá incorrer em menores custos com propagandas de outros produtos”. IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 36.

²²⁸ “[...] *large multiservice platforms benefit from what economists call “economies of scope”: once they offer one service, they become more efficient at offering others*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 33.

ecossistema”²²⁹. Isto acontece, pois, ao comprar um iPhone, não estamos comprando apenas um celular da marca Apple, mas todo um ecossistema de loja de aplicativos (Apple Store), sistema operacional (IOS), compatibilidade com os outros dispositivos da marca, etc. O mesmo acontece ao comprar um celular Galaxy, visto que não estamos só comprando um celular da marca Samsung, mas todo um ecossistema de loja de aplicativos (Play Store), sistema operacional (Android), etc. O celular passou de uma plataforma, na primeira década do século XXI, quando a sua principal utilidade era realizar ligações, beneficiando-se apenas de economias de escala e externalidade de rede, para um ecossistema, na segunda década do século XXI, quando a utilidade do celular é, além de realizar chamadas (numa proporção muito menor e, quiçá, até deixando de ser a sua principal função) para tirar fotos, utilizar aplicativos, trocar mensagens, etc. Dessa forma, houve uma economia de escopo quando se incorporou no celular a câmara fotográfica, a internet, os aplicativos, calculadora, calendário e todas as funções que utilizamos atualmente. Essa economia é positiva para o produtor, uma vez que não precisa produzir um celular, uma calculadora, uma câmara fotográfica, etc, e positiva para o consumidor, visto que com um smartphone só, ele pode satisfazer diversas necessidades, aumentando a utilidade do celular.

Em relação à concorrência, do mesmo modo como as características anteriores, há consequências positivas e consequências negativas. São positivas, pois, como visto no caso do celular, “pode haver vantagens de eficiência ao agrupar (pode-se traduzir também por “realizar vendas casadas”) serviços, e os consumidores podem ganhar com preços baixos ou melhores serviços”²³⁰. Todavia, há também aspectos negativos concorrenciais, porque “a integração vertical entre o sistema operacional, aplicativos e plataformas de aplicativos (‘lojas de aplicativos’) gera preocupações de possível abuso de dominância”²³¹, uma vez que um consumidor que compra um produto Apple não tem a liberdade de poder utilizar recursos da Samsung, assim como o consumidor da Samsung não tem a liberdade de poder utilizar recursos da Apple.

Os ecossistemas também apresentam um diferencial: a minimização do risco de perder a corrida competitiva. Ou seja, “a prevenção de possíveis concorrentes é uma das principais

229 “[...] *when buying a phone today you “buy into” a large ecosystem [...]*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 33.

230 “[...] *there can be efficiency advantages to bundle services, and consumers may gain through low prices or better services*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 37

231 “*The vertical integration between the operating system, applications and application platforms (‘app stores’) generates concerns of possible abuse of dominance [...]*”. CADE. *BRICKS in the digital economy: competition policy in practice*. Brasília: CADE, 2019. p. 9.

motivações para a diversificação na economia digital”²³². Por exemplo, o Orkut (rede social mais utilizada no Brasil no início do século XXI) perdeu a corrida competitiva para o Facebook e desapareceu do mercado. Atualmente, se surgir outra rede social que desbanque o Facebook, o Facebook tem o Instagram, Snapchat, WhatsApp e outras empresas que o fará continuar vivo. Portanto, a diversificação de empresas dentro de um ecossistema minimiza o risco das empresas de serem “aniquiladas” no mercado.

Dessa forma, a grande consequência dos efeitos das economias de escopo no aspecto concorrencial na Economia Digital é a evolução da forma de concorrência, pois “além das plataformas, a competição na economia digital é cada vez mais uma competição entre ecossistemas”²³³. Isto é, “concorrência entre grandes conglomerados digitais”²³⁴.

Portanto, concluímos a análise da terceira característica da Economia Digital, as economias de escopo – aumento de eficiência na produção conjunta de dois bens similares. Assim como as economias de escala e externalidade de rede, esse fenômeno não é intrinsecamente novo, mas ele é estimulado e mais presente nos mercados digitais. Por conseguinte, após as análises desses fenômenos econômicos, passamos para a principal característica da Economia Digital e a principal fonte das discussões modernas no Direito Concorrencial (além de outras áreas do Direito): os dados e as suas consequências na concorrência.

4.1.3.4 DADOS

Os dados, e todas as discussões por eles geradas, estão realizando, se não for uma revolução, no mínimo, uma forte modificação no mundo jurídico. Podemos citar, por exemplo, o debate sobre proteção de dados que ocasionou a edição da Lei brasileira nº 13.709/18, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), na qual uma parte de suas normas já entrou em vigor e outra parte entrará em vigor no ano de 2020. Essa discussão sobre proteção de dados não é a mesma discussão dos dados no Direito Concorrencial. Nesta área, preocupamos mais com potenciais problemas anticompetitivos que os dados estão trazendo, seja por ser o diferencial ao estabelecer uma posição dominante no mercado ou por

232 “[...] *pre-emption of potential competitors is one of the main motivations for diversification in the digital economy*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. ***Digital Conglomerates and EU Competition Policy***. Paris: CERRE, 2019. p. 21

233 “*Beyond platforms, competition in the digital economy is also increasingly a competition between ecosystems*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. ***Competition policy for the digital era***. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 33.

234 “[...] *competition between large digital conglomerates*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. ***Digital Conglomerates and EU Competition Policy***. Paris: CERRE, 2019. p. 4.

ser a razão para a prática de condutas anticompetitivas ou até novos tipos de conluíus, como a o conluio, tácito ou explícito, por algoritmos. Dessa forma, apresentaremos a definição de dados, a evolução na utilização dos dados (o Big Data) e demais consequências e fenômenos de interesse ao antitruste. Abordaremos, no final, um pouco sobre o debate atual, realizado principalmente na União Europeia, sobre o papel residual da Comissão e das autoridades concorrenciais na proteção dos dados pessoais e na incorporação desse aspecto nas análises antitruste.

Primeiramente, em relação à definição sobre dados, não se tem uma única definição. Todavia, sempre se relaciona dados com aspectos informacionais sobre algo e, mais recentemente, na relação entre dados e computadores/tecnologia.

Não há uma definição única para o termo ‘dados’. Em um sentido mais restrito, o termo é frequentemente usado para resultados de experimentos ou medições científicas. Mas, em um sentido mais amplo, o termo é usado para se referir a (qualquer) informação, geralmente em combinação com o armazenamento em um computador²³⁵.

Numa definição mais “moderna e digital”, relacionando informação com tecnologia, “dados são geralmente um importante *input* para serviços online, produtos inteligentes de logística e IA (Inteligência Artificial). A competitividade das empresas depende, portanto, cada vez mais do acesso oportuno a dados relevantes”²³⁶.

Ressaltamos também que há “diferentes formas de dados e variedade de seus usos”²³⁷. A primeira divisão que, geralmente, se faz é sobre a forma de aquisição de dados. “Os dados são adquiridos através de três canais principais. Primeiramente, alguns dados são voluntários. [...] Segundamente, alguns dados são observados. [...] Finalmente, alguns dados são inferidos”²³⁸. Além dessa divisão, os dados podem ser individuais ou agregados, anônimos ou não anônimos, dados contextuais, etc. Cada mercado e cada empresa valoram diferentes dados por diferentes valores, alguns dados sendo de extrema importância para um setor,

²³⁵ “There is no single definition for the term “data”. In a narrower sense the term is often used for the results of scientific experiments or measurements. But in a wider sense the term is used to refer to (any) information, or to the representation of such information, often in combination with it being stored on a computer”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 4.

²³⁶ “Data is often an important input for online services, production processes, logistics smart products, and AI. The competitiveness of firms thus increasingly depends on timely access to relevant data”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 7.

²³⁷ “[...] different forms of data and the variety of its uses”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 24

²³⁸ “Data is acquired through three main channels. First, some data is volunteered. [...] Second, some data is observed. [...] Finally, some data is inferred”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 24-25.

enquanto esses mesmos dados podem ser completamente inúteis para outro setor. Ou seja, a utilidade dos dados varia demasiadamente conforme o propósito das empresas e dos setores.

Quando falamos em dados, relacionamos, normalmente, com empresas e setores digitais, porém isto não é plenamente verdadeiro. Todos os setores utilizam dados, mas alguns setores são, de fato, mais “dato-intensivos”, como os setores da economia digital, porém vários são os setores que estão utilizando dados para melhorar seus produtos e modelos de negócios (setor bancário, farmacêutico, varejo, etc.). A mudança ocorrida foi que “a digitalização alterou fundamentalmente a maneira como os dados são gerados, armazenados, processados, trocados e distribuídos. Em combinação com a Internet, a digitalização levou ao surgimento de novas possibilidades e modelos de negócios”²³⁹. Isto é, essa grande mudança e os debates atuais no mundo jurídico não ocorreram pelo surgimento dos dados em si, mas pela inovação que a digitalização trouxe ao tratar sobre os dados – inovação que aconteceu com outros fenômenos, como as três características dos mercados digitais previamente estudadas (economias de escala, escopo e externalidades de rede). Como veremos no próximo subcapítulo, a Economia Digital evoluiu a forma de aquisição, utilização e valoração dos dados, criando o famigerado Big Data e gerando situações inéditas para o antitruste e outras áreas jurídicas e econômicas.

4.1.3.5 BIG DATA – DEFINIÇÃO A PARTIR DOS SEUS 4 V’S (VOLUME, VELOCIDADE, VARIEDADE E VALORS)

A utilização do termo Big Data está em voga quando se fala em digitalização e inovação. Todavia, assim como os dados, o “Big Data (é) outro conceito sem definição comum”²⁴⁰. A OCDE, no relatório inicial sobre a intersecção de Big Data e Economia Digital com o antitruste, entendeu que Big Data apresenta dois grandes diferenciais:

Embora o uso do termo ‘Big Data’ seja frequentemente vago e sem precisão (De Mauro *et al*, 2016), as definições mais usadas de Big Data geralmente se referem a (1) a grande dimensão dos conjuntos de dados; e (2) a necessidade de usar poder de computação em larga escala e software não padronizados e métodos para extrair valor dos dados em um período de tempo razoável. De acordo com De Mauro *et al* (2016), ‘Big Data é o ativo de informação caracterizado por um volume, velocidade

²³⁹ “Digitization has fundamentally altered the way data is generated, stored, processed, exchanged and distributed. In combination with the Internet, digitization has led to the emergence of new possibilities and business models”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 12.

²⁴⁰ “[...] ‘big data’ – another concept lacking a common definition”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 4.

e variedade tão altos que exige tecnologia e métodos analíticos específicos para sua transformação em valor²⁴¹.

Esses dois diferenciais (grande dimensão de dados e necessidade de utilização de computadores) existem por causa das características do Big Data, entendidas, primeiramente, como sendo os 3 V's, porém, mais tarde, evoluindo para os 4 V's do Big Data.. Assim:

Big Data foi comumente caracterizado pelos 4 'V's: o volume de dados; a velocidade na qual os dados são coletados, usados e disseminados; a variedade de informações agregadas; e, finalmente, o valor dos dados. Cada 'V' aumentou significativamente na última década²⁴².

Dessa forma, analisaremos essas quatro características para compreendermos o conceito, a importância e os aspectos distintivos do Big Data.

A primeira característica – o primeiro V – trata sobre o volume. O Big Data utiliza um volume de dados sem precedentes.

O volume de dados coletados aumentou significativamente e, provavelmente, continuará a crescer. A empresa Cisco procura prever o crescimento do *datacenter* global e do tráfego IP baseado na nuvem. Ele prevê que o tráfego IP anual do *datacenter* atingirá 8,6 zettabytes até o final de 2018, a partir dos 3,1 zettabytes em 2013²⁴³.

No início da década do século XXI, as pessoas iam às lojas de eletrônicos para comprar disquetes com capacidades de 1,44 MB – para se gravar uma música de 3 minutos, necessitava-se de três disquetes aproximadamente. Atualmente, por um preço, razoavelmente parecido, pode-se comprar um pen drive de 32 GB, ou seja, um objeto com uma capacidade

241 “While the use of the term ‘Big Data’ is often vague and lacks precision (De Mauro et al, 2016), the most frequently used definitions of Big Data usually refer to (1) the large dimension of datasets; and (2) the need to use large scale computing power and non-standard software and methods to extract value from the data in a reasonable amount of time. According to De Mauro et al (2016), “Big Data is the information asset characterized by such a high volume, velocity and variety to require specific technology and analytical methods for its transformation into value”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 5.

242 “Big Data has commonly been characterized by four ‘V’s: the volume of data; the velocity at which data is collected, used, and disseminated; the variety of information aggregated; and finally the value of the data. Each ‘V’ has increased significantly over the past decade”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 16. (tradução nossa). No mesmo sentido: “Aspects of “big data” that are often mentioned are large amounts of different types of data, produced at high speed from multiple sources, whose handling and analysis require new and more powerful processors and algorithms⁶ In a shorter form “big data” is often characterized by the three “V”s – Velocity, Variety and Volume – or the four of them (adding “Value” to be extracted)”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 5. “To distinguish ‘Big Data’ from data in general,³ we propose to follow Stucke and Grunes (2016). To the “3 Vs” definition originally introduced by Laney (2001), i.e. the volume of data; the velocity at which data is collected, used and disseminated; the variety of information aggregated; Stucke and Grunes add a fourth V: the value of the data. As the authors point out for personal data, each ‘V’ has increased enormously in magnitude over the past decade, and indeed continues to expand”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 5.

243 “The volume of data collected has increased significantly, and will likely continue to grow. The firm Cisco seeks to forecast the growth of global data center and cloud-based IP traffic. It predicts that the annual global data center IP traffic will reach 8.6 zettabytes by the end of 2018, up from 3.1 zettabytes in 2013”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 16. (tradução nossa).

32.000 vezes maior – sem falar na possibilidade de comprar um HD 2 terrabyte de capacidade. Dessa forma, “um dos motivos para o aumento da coleta de dados é a redução no custo para coletar, armazenar, processar e analisar dados”²⁴⁴. Uma diminuição no custo provocou uma diminuição do preço, resultando num aumento de quantidade vendida, conforme os ditames da lei da oferta e da demanda.

O segundo V se refere à velocidade. A velocidade é uma das características do Big Data, pois “a velocidade na qual os dados são gerados, acessados, processados e analisados também aumentou e, para alguns aplicativos, agora está se aproximando do tempo real”²⁴⁵. Além de se coletar um imenso tamanho de dados, coletam-se numa velocidade surpreendente, impactando diretamente no valor dos dados. “A velocidade dos dados reconhece o seu valor temporal. Dependendo da sua finalidade, quanto mais antigos os dados, menos valiosos são”²⁴⁶. Por exemplo, se pensarmos no aplicativo de geolocalização Waze (aplicativo utilizado por motoristas a fim de calcular rotas e caminhos mais rápidos), os dados valiosos para o aplicativo são os dados em tempos reais, uma vez que, se uma pessoa quer sair do local A para o local B, ela quer saber, naquele exato momento, quanto tempo ela levará no seu deslocamento. Para isso, além de saber a distância entre esses dois locais, o número de motoristas circulando nessa rota é de imensa importância, visto que o tráfego impacta diretamente no tempo de deslocamento. Por conseguinte, a velocidade de coleta desses dados é de suma importância, pois de nada adianta para o Waze dados de trânsito de uma hora atrás se os usuários querem saber o tempo de deslocamento no exato momento. E, por conseguinte, o Big Data proporciona essa extrema velocidade na geração, coleta, processamento e utilização dos dados, sendo identificada como a sua segunda característica do Big Data.

O terceiro V se refere à variedade de dados utilizados no Big Data. “O valor dos dados não aumenta apenas com o volume e a velocidade de processamento, mas também com a variedade de informações coletadas de um indivíduo”²⁴⁷. A fim de se ter uma melhor resposta para um problema e um maior valor na utilização de dados, quanto mais diversos forem os

244 “One reason for the increase in data collection is the decrease in cost to collect, store, process, and analyse data”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 17. (tradução nossa).

245 “The velocity at which data are generated, accessed, processed, and analyzed has also increased, and for some applications is now approaching real time”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 19.

246 “The velocity of data acknowledges its time-value. Depending on its purpose, the older the data the less valuable it is”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 21.

247 “Data’s value increases not only with its volume and the velocity in processing it, but also with the variety of information collected on an individual”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 21.

dados, melhores respostas o Big Data é capaz de proporcionar. Essa característica apresenta um grande potencial de impacto no antitruste, pois “o valor dos dados pode aumentar por meio da fusão de dados [...]. Através da fusão de dados, as empresas podem identificar e melhorar seus perfis de indivíduos”²⁴⁸.

Como veremos mais adiante no estudo da Economia Digital e o controle de concentração, já há casos de concentrações de empresas por razões puramente de aquisição de dados (as chamadas concentrações *data-driven*), por exemplo, os casos Google/Nest Labs e Google/Dropcam. Como os professores Maurice Stucke e Allen Grunes se questionaram sobre esses casos:

Por que o Google gastaria USD 3,2 bilhões em dinheiro para comprar uma fabricante de termostatos e detectores de monóxido de carbono? Por que gastaria USD 555 milhões em uma câmera de monitoramento doméstico que, com seu campo de visão de 130°, pode ‘capturar uma sala inteira sem precisara “panoramizar” ou ampliar’? E essas aquisições levantam alguma preocupação concorrencial? A resposta é óbvia que não. Em fevereiro de 2014, a FTC novamente concedeu uma aprovação antecipada da aquisição da Nest Labs Inc, as quais fazem parte a Nest Learning Thermostat e a Nest Protect, um detector inteligente de monóxido de carbono, pelo Google. Em junho de 2014, o Google adquiriu a Dropcam, uma câmera de monitoramento doméstico. É altamente improvável que o Google, de repente, se interessou por termostatos e câmeras de segurança. Ao invés disso, eram provavelmente *data-driven* concentrações. A preocupação aqui é que o Google ‘poderia utilizar os dados coletados nas casas das pessoas para atingir melhor as suas publicidades’²⁴⁹.

Ou seja, a Google não adquiriu essas duas empresas porque os produtos dessas empresas (termostatos e câmeras de monitoramento doméstico) são inovadores e despertaram a atenção da Google, mas sim porque os dados que essa empresas criam são de alta utilidade para a Google – por conseguinte, uma concentração conduzida pelos dados ou uma *data-driven merger*.. Dessa forma, os dados dessas empresas aumentam a variedade de dados que a Google possui, aumentando a utilidade (e o valor) dos dados, uma vez que mesmo “pequenos

248 “[...] *data’s value can increase through data fusion [...]. Through data fusion, companies can identify and improve their profiles of individuals*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 21-22.

249 “*Why would Google spend USD 3.2 billion in cash to buy a manufacturer of thermostats and carbon monoxide detectors? Why would it spend USD 555 million for a home monitoring camera, which, with its advertised 130° field of view, can ‘capture an entire room without ever having to pan or zoom’? And do those acquisitions raise any competition concerns? The answer is not obvious. In February 2014, the FTC again granted early termination to Google’s acquisition of Nest Labs, Inc, which makes Nest Learning Thermostat, and Nest Protect, a smart carbon monoxide detector. In June 2014, Google acquired Dropcam, a home monitoring camera. It is highly unlikely that Google suddenly became interested in thermostats and security cameras. Rather, these were likely data-driven mergers. The concern here is that Google ‘could use data collected from people’s homes to better target its advertising’*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 89.

bits de dados podem ser reunidos para criar uma imagem clara de uma pessoa para prever suas preferências ou comportamentos”²⁵⁰.

A quarta e última característica foi adicionada na delimitação de Big Data pelos professores Sutcke e Grunes – nas primeiras definições, apontavam apenas como as características do Big Data o volume, a velocidade e a variedade de dados. E este último V se refere ao valor dos dados do Big Data.

O volume e a variedade de dados que estão sendo coletados e a velocidade no processamento dos dados aumentaram devido ao valor dos dados. O Big Data em vigor está vinculado ao Big Analytics, do qual o valor dos dados é derivado. A análise de dados, sob uma definição, ‘são os meios técnicos para extrair insights e as ferramentas de capacitação para entender, influenciar ou controlar melhor os objetos de dados desses insights (por exemplo, fenômenos naturais, sistemas sociais, indivíduos)’²⁵¹.

Por uma conclusão lógica, o que, de fato, aumentou no processo de digitalização foi o valor dos dados – devido ao aumento do volume, variedade e velocidade dos dados. O último V é uma consequência dos três primeiros V’s. Contudo, se não houvesse ocorrido o aumento do valor dos dados, de nada importaria no aumento do volume, velocidade e variedade de dados. E todo esse aumento de valor graças ao aumento da análise de dados (Big Analytics), pois, apesar dos dados trazerem informações, o que realmente importa são as informações processadas e retiradas dos dados – e não suas informações brutas. Por exemplo, de nada adianta ter uma grande base de dados se não se consegue retirar nenhuma informação útil daquela base. Visto que o processamento e a análise de dados melhoraram muito nos últimos tempos, em consequência da evolução tecnológica de processamento e a evolução do estudo da análise estatística principalmente, tornou-se possível retirar um número maior de informações, além de serem informações mais úteis, beneficiando as empresas que trabalham com Big Data e, no final, causando o aumento de valor dos dados.

Dessa forma, concluímos a definição do Big Data, apresentando as suas quatro características apontadas pela literatura: o volume, a velocidade e variedade na geração, coleta, armazenamento e processamento de dados, ocasionando, por fim, o aumento no valor dos dados. Antes de passarmos para o próximo subcapítulo, o qual apresentará as consequências que o Big Data traz para as empresas e o mundo dos negócios, destacamos que

250 “Small bits of data can be brought together to create a clear picture of a person to predict preferences or behaviors”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 22.

251 “The volume and variety of data being collected and the velocity in processing the data have increased because of data’s value. Big Data in effect is tied to Big Analytics, from which data’s value is derived. Data analytics, under one definition, ‘are the technical means to extract insights and the empowering tools to better understand, influence or control the data objects of these insights (e.g. natural phenomena, social systems, individuals)’”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 23.

“o Big Data não é inerentemente bom, mau ou neutro. Seu valor social depende da indústria e do objetivo e efeito da estratégia orientada a dados”²⁵². Isto é, apesar de haver aspectos positivos e negativos no uso do Big Data, não se pode realizar um julgamento de valor do Big Data por ele só. Ao analisar as consequências e os aspectos do Big Data, deve-se sempre levar em consideração o meio que ele está inserido e os objetivos traçados através do uso do Big Data, visto que são os objetivos que podem ser classificados em “bom, mau ou neutro”.

4.1.3.6 AS CONSEQUÊNCIAS DO USO DOS DADOS E DO BIG DATA

A primeira consequência da utilização dos dados é que “os dados podem ajudar a melhorar o produto ou serviço de uma empresa”²⁵³. “Em um processo conhecido como *data-driven innovation* (DDI), permite-se que as empresas melhorem a qualidade de seus produtos e desenvolvam serviços totalmente novos, melhor compreendendo e direcionando as necessidades individuais dos consumidores”²⁵⁴. Ou seja, de forma geral, a utilização dados melhora a qualidade dos produtos e serviços, pois entregam um produto mais preferido aos clientes em nível individual.

Imaginado um exemplo, numa churrascaria, um cliente pode pedir uma carne bem passada ao invés de uma carne mal passada, isto é, o cliente apresenta uma preferência (ele prefere um produto ao outro, visto que um produto traz uma maior utilidade para ele do que outro)²⁵⁵ e consegue passar a informação à empresa ofertante (churrascaria), “fabricando” um produto próprio para aquele cliente (carne bem passada)²⁵⁶. Contudo, em inúmeros casos, as empresas ofertantes não conseguem saber a preferência dos seus clientes, isto é, não consegue fazer uma discriminação individual positiva, seja por impossibilidade de comunicação, seja por dificuldade de se obter tal informação ou quaisquer outros motivos. Porém, tal informação pode estar presente nos dados e, através da utilização do Big Analytics (“modelos treinados

²⁵² “Big Data is neither inherently good, evil, nor neutral. Its social value depends on the industry and the purpose and effect of the data-driven strategy”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 2.

²⁵³ “Data can help to improve an undertaking’s product or service”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 9.

²⁵⁴ “[...] in a process known as data-driven innovation (DDI), allows companies to improve the quality of their products and develop entirely new services, by better understanding and targeting individual consumer needs”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 8.

²⁵⁵ Em termos microeconômicos, escrevemos que para o indivíduo: carne bem passada > carne mal passada. Lê-se, o indivíduo prefere carne bem passada à carne mal passada.

²⁵⁶ Em termos microeconômicos, escrevemos que para o indivíduo: carne bem passada > carne mal passada. Lê-se, o indivíduo prefere carne bem passada à carne mal passada.

podem ser usados, então, para fornecer um melhor serviço ao indivíduo que gerou alguns dos dados em primeiro lugar”²⁵⁷), torna-se possível adquirir esta informação, conseguindo individualizar e melhorar os produtos para seus clientes através do processamento e análise desses dados. Um potencial problema em relação a isso é a disponibilidade desses dados, uma vez que “o acesso aos dados de uma pessoa ou da máquina geralmente é essencial para oferecer a ela um serviço”²⁵⁸. Como veremos mais adiante, as autoridades concorrenciais estão começando a examinar condutas anticompetitivas digitais por problemas de *foreclosure* de dados, visto que, em alguns mercados, o acesso aos dados podem ser interpretados como uma *essential facility* (ideia do insumo essencial), impossibilitando a atuação de determinadas empresas se estas não tiverem acesso aos dados essenciais daquele mercado.

Outra consequência do uso dos dados é o aumento de eficiência na publicidade e marketing de produtos, através da publicidade direcionada para grupos alvos daquele produto.

O valor do Big Data beneficia, às vezes, empresas e consumidores. Os dados podem reduzir os custos das empresas na identificação de consumidores e no aprendizado de suas necessidades. As empresas podem usar dados para fornecer produtos ‘inteligentes’ que aumentam a eficiência energética e o bem-estar geral²⁵⁹.

Como visto, o Facebook pratica esse tipo de conduta. Ao coletar e analisar dados dos usuários com perfis na sua rede social, o Facebook vende para os anunciantes espaços para anúncios direcionados para um público alvo. Desse modo, empresas ofertantes de absorventes, por exemplo, não anunciam para homens, assim como ofertas de jogos de vídeo game não aparecem para pessoas idosas. Consequentemente, há um benefício tanto para os anunciantes – ao gastar menos com publicidade, anunciando e tornando mais eficaz suas publicidades apenas para o público que quer consumir o seu produto – quanto há um benefício para os consumidores – ao receber um menor número de publicidades, além de receber publicidades de produtos que, *prima facie*, interessá-lo-ia.

A coleta e o processamento de dados também são uma das causas para o fenômeno do *free service*/grupo subsidiado, como visto no subcapítulo das externalidades de rede.

257 “[...] trained models can then be used to provide a better service to the individual who generated some of data in the first place [...]”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 28. (tradução nossa). No mesmo sentido: “[...] with the development of data mining and machine learning, businesses are able to offer innovative, high-quality, and customized products and services at low or zero monetary prices”. CADE. *BRICKS in the digital economy: competition policy in practice*. Brasília: CADE, 2019. p. 22.

258 “Access to a person’s data or machine data is often essential to offer him or her a service”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 28.

259 “Big Data’s value benefits, at times, both firms and consumers. Data can lower firms’ costs in identifying consumers and learning of their needs. Firms can use data in providing ‘smart’ products that increase energy efficiency and overall welfare”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 25.

Frequentemente, o grupo de usuários com maior elasticidade da demanda é subsidiado pelo outro grupo (por exemplo, os clientes não pagam para usar sites de compras; os que procuram emprego não pagam para usar sites de emprego, e assim por diante). No entanto, todos os grupos têm seus dados privados coletados, o que é usado para melhorar a qualidade da plataforma e dos algoritmos de correspondência, levando a um número maior de transações²⁶⁰.

Uma vez que esses anúncios direcionados são mais eficientes, as empresas anunciantes estão dispostas a pagar um valor mais alto por eles, acarretando até no subsídio deste grupo (anunciantes) para o grupo do outro lado da plataforma (usuários) e, por conseguinte, no *free service*, no aumento explosivo no número de usuários devido ao preço zero, no aumento da coleta de dados devido ao aumento do número de usuários e, no final, no aumento da eficiência do anúncio. Portanto, há uma espiral viciosa, intensificada pelo fenômeno das externalidades de rede, difícil de ser quebrada.

Outro efeito da utilização de dados foi a modificação nos modelos de negócios. “Mais empresas estão adotando modelos e estratégias de negócios orientados a dados para obter e manter uma ‘vantagem de dados’ competitiva em relação aos rivais”²⁶¹, mudança essa mais expressiva nos mercados digitais, porém presente, em algum grau, em quase todos os mercados. Por conseguinte, em alguns mercados, “os dados podem ser críticos para o crescimento e o sucesso de uma empresa”²⁶². Segundo o relatório “*Big Data: bringing competition policy to the digital era*” da OCDE, relacionando o modelo de negócio de vantagem de dados com o *free service*:

À medida que aquisição e o uso de Big Data se torna um parâmetro-chave da concorrência, as empresas adotarão cada vez mais estratégias para obter e sustentar uma vantagem de dados. Conforme argumentado por Stucke e Ezrachi (2016, p. 30), ‘as empresas estão adotando cada vez mais modelos de negócios que dependem de dados pessoais como uma entrada essencial. [...] as empresas oferecem serviços gratuitos a indivíduos com o objetivo de adquirir dados pessoais valiosos para ajudar os anunciantes a direcioná-los melhor com publicidade comportamental’²⁶³.

260 “Frequently, the group of users with higher elasticity of demand is subsidised by the other group (for example, clients do not pay to use shopping sites; job seekers do not pay to use employment sites, and so on). Yet, all groups have their private data collected, which is used to improve the quality of the platform and of the matching algorithms, ultimately leading to a greater number of transactions”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 13.

261 “More companies are adopting data-driven business models and strategies to obtain and sustain a competitive ‘data-advantage’ over rivals”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1.

262 “[...] data can be critical for a company’s growth and success”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 8.

263 “As the acquisition and use of Big Data becomes a key parameter of competition, companies will increasingly undertake strategies to obtain and sustain a data advantage. As argued by Stucke and Ezrachi (2016, p. 30), “Companies are increasingly adopting business models that rely on personal data as a key input. (...) companies offer individuals free services with the aim of acquiring valuable personal data to assist advertisers to better target them with behavioural advertising”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 9.

Ademais, não há como negar uma relação entre grandes empresas e a utilização do Big Data, dado que, para se utilizar e extrair valor do Big Data, deve-se arcar com altos custos para a sua implementação – custos que pequenas empresas, muitas vezes, não são capazes de suportar. Dessa forma, “os conjuntos de Big Data precisam de certa escala para serem lucrativos e são coletados com mais frequência por grandes players”²⁶⁴. Gerando certo grau de preocupação às autoridades concorrenciais, uma vez que “as empresas da economia digital competem por dados para obter ou manter uma posição dominante no mercado”²⁶⁵.

Em relação aos mercados digitais, ressaltamos que “as empresas baseadas em tecnologia da informação e dados têm custos de produção incrementais baixos ou nulos e altos custos fixos e/ou irrecuperáveis, com produtos frequentemente associados a não rivalidade”²⁶⁶. Ou seja, deve-se relacionar a utilização de dados e empresas digitais com economias de escala (altos custos fixos, baixos custos variáveis e elevada diminuição no custo médio à medida que se produz mais quantidades), uma vez que ambos os aspectos estão fortemente relacionados.

Contudo, como visto, não há apenas aspectos positivos do Big Data, há também aspectos negativos – concorrenciais ou não. O primeiro aspecto negativo seria a utilização do Big Data em relação a consumidores vulneráveis.

O valor dos dados também pode ser assimétrico: empresas, por exemplo, podem usar dados para explorar melhor os cidadãos, como direcionar os mais vulneráveis a uma tática de vendas específica ou se envolver em discriminação de preços, serviços e oportunidades para os consumidores com menos opções externas²⁶⁷.

Apesar de não ser um problema estritamente concorrencial, a utilização do Big Data com a intenção de tornar mais eficiente a publicidade de produtos para crianças pequenas é um exemplo de aspecto negativo de uso do Big Data. Nesses casos, a sua utilização deve ser resguardada, necessitando de, no mínimo, uma regulação e fiscalização do Estado para que abusos não sejam cometidos.

Um segundo fator negativo é o fenômeno em que a literatura econômica denominou de “*winner-takes-it-all*”.

264 “*Big Data-sets need a certain scale to be profitable and are more frequently collected by large players*”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 11.

265 “*Companies in the digital economy compete for data to gain or maintain a dominant position in the market*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 21.

266 “*Data and information technology based firms have low or zero incremental production costs and high fixed and/or sunk costs, with products often associated with non-rivalry*”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 6.

267 “*Data’s value can also be asymmetrical: companies, for example, can use data to better exploit citizens, such as targeting those most vulnerable to a particular sales tactic or engaging in discrimination in pricing, services, and opportunities to those consumers with fewer outside options*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 28.

Quando um player de Big Data finalmente chega ao estágio de planalto, sua dimensão é tão grande que pode ser muito difícil para qualquer player pequeno exercer efetivamente pressão competitiva, criando um potencial para *market tipping* e resultados de ‘*winner-takes-all*’²⁶⁸.

Nos mercados digitais que apresentam players que utilizam Big Data, é comum de haver resultados do “*winner-takes-it-all*”. O fenômeno, em si, acontece devido às externalidades de rede, uma vez que uma empresa concorrente com o Facebook, por exemplo, além de ter que apresentar um produto melhor do que o produto ofertado pela principal empresa do mercado, a fim de “roubar” os clientes da empresa com posição dominante, deve arquitetar um plano para que haja uma migração em massa de uma plataforma para outra – já que, conforme visto, em situações com externalidades de rede, não há incentivos pessoais para migrar para outra plataforma. “Como consequência, nenhuma empresa, a menos que esteja armada com uma tecnologia muito superior e mais barata, gostaria de entrar em um mercado dominado por um operador histórico, mesmo quando esse operador histórico estiver obtendo grandes lucros”²⁶⁹, pois, dificilmente, se ganhará a batalha contra a empresa estabelecida no mercado. As autoridades concorrenciais devem prestar atenção para esses casos, visto que, mais uma vez, “essa tendência pode prejudicar a concorrência, convergindo para a monopolização de mercados relacionados a dados”²⁷⁰.

Outro aspecto negativo, que a primeira vista poderia ser descrito como um bom fator, é a transparência, principalmente aos preços, que o Big Data gera. “A transparência do mercado pode realmente melhorar a estabilidade de um conluio (tácito ou explícito)”²⁷¹. Além da transparência, “a coleta de dados também pode facilitar o conluio quando esses

268 “When a Big Data player finally reaches the plateau stage, its dimension is so big that may be very difficult for any small player to effectively exert competitive pressure, creating a potential for market ‘tipping’ and winner-takes-all outcomes”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 11. No mesmo sentido: “[...] the economics of Big Data, as the OECD recently observed, ‘favours market concentration and dominance’. Data-driven markets ‘can lead to a “winner takes all” result where concentration is a likely outcome of market success’”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 7.

269 “As a consequence, no firm, unless armed with a much superior and cheaper technology, would want to enter a market dominated by an incumbent, even when this incumbent is making large profits”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 20.

270 “Such a trend could harm competition by converging towards a monopolization of data-related markets”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 13. (tradução nossa). No mesmo sentido: “In some sectors, the leading companies may have such a large base of customers and of information that the question arises of whether any third party is able to match the same volume and variety of data”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 12.

271 “Market transparency can indeed enhance the stability of a (tacit or explicit) collusion”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 14.

dados são usados para fixar preços através do uso de algoritmos”²⁷². Esse aspecto está gerando um “intenso debate acadêmico sobre conluio através de algoritmo ou precificação através de algoritmo”²⁷³. É sabido, por exemplo, que cartéis de preço (um conluio entre ofertantes a fim de fixar o preço de seus produtos num valor acima do preço de mercado) são proibidos. Todavia, um dos requisitos para caracterizar essas práticas como conluio é a vontade, mais precisamente, os efetivos atos dos agentes na prática desse ilícito concorrencial. Porém, ainda não se tem a certeza se a prática de um conluio através de um algoritmo, isto é, o algoritmo por si só, monitorando os preços do mercado, combina, tacitamente, com o algoritmo da outra empresa a aumentar os preços dos seus produtos, visto que o objetivo dos algoritmos é a maximização de lucros daquela empresa, pode ser entendido um ilícito anticoncorrencial, uma vez que o agente, nesse caso, não teve a real intenção de praticar esse ilícito. Essa dúvida ainda é muito recente e, por exemplo, “no Brasil, não há proibição específica quanto a precificação por algoritmo e seu uso é considerado legal, desde que não resulte em qualquer forma de comportamento anticompetitivo”²⁷⁴.

Outra questão trazida pelo algoritmo é a influência política dessas empresas nas pessoas. “Os algoritmos utilizados pelas redes sociais e serviços de hospedagem de vídeo (Youtube) influenciam os tipos de notícias que seus usuários veem, enquanto o algoritmo dos *search engines* (Google) determina as respostas que as pessoas recebem às suas perguntas”²⁷⁵. Dessa forma, essas são algumas questões trazidas pelo uso do algoritmo através do Big Data. Não há ainda conclusões para essas perguntas, porém, mais uma vez, as autoridades concorrenciais necessitam dar atenção para esses aspectos quando lidarem com casos de mercados digitais.

Portanto, para finalizarmos esse subcapítulo sobre as consequências do uso de dados e a relação dessas consequências com as empresas (principalmente as empresas da Era Digital), ressaltamos que “a coleta e o processamento de dados são determinantes para os quais as

272 “Data collection may also facilitate collusion when these data are used to fix prices through the use of algorithms”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 14.

273 “[...] the intense academic debate on algorithmic collusion or on algorithmic pricing”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 17.

274 “In Brazil, there are no specific prohibition regarding algorithmic pricing and its use is considered legal, as long as it does not lead to any form of anticompetitive behavior”. CADE. *BRICKS in the digital economy: competition policy in practice*. Brasília: CADE, 2019. p. 20.

275 “[...] the algorithms used by social media and video hosting services influence the types of political news that their users see while the algorithm of search engines determines the answers people receive to their question”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 14.

empresas possam competir e prosperar nos mercados digitais”²⁷⁶. Desse modo, os dados (e o Big Data) mudaram profundamente os modelos de negócios atuais, trazendo tanto aspectos positivos, como a melhora na qualidade dos produtos e a redução dos preços, quanto aspectos negativos, como a maior dependência do fenômeno do “*winner-takes-it-all*” e a utilização negativo dos algoritmos. Ademais, “os dados, portanto, tornam-se um insumo fundamental na economia digital e contribuem para o domínio de mercado”²⁷⁷, obrigando que as autoridades concorrenciais deem a devida atenção aos usos e os papéis que os dados apresentam em cada mercado.

Dessa forma, após a análise das economias de escala e de escopo, externalidades de rede, dados, Big Data e suas consequências, concluímos as características apresentadas da Economia Digital. Evidenciamos que, a exceção do Big Data, não há nenhum acontecimento novo – todas essas características já existiam antes do processo de digitalização. Na verdade, a Economia Digital potencializou esses fenômenos, criando um cenário novo até então desconhecido. Por conseguinte, depois do estudo dessas características da Economia Digital, relacioná-la-emos com o antitruste e as principais modificações que as empresas digitais estão trazendo para essa área.

4.1.4 A ECONOMIA DIGITAL E O ANTITRUSTE

Após termos entendido sobre o conceito e as diferenças da Economia Digital, pretendemos examinar, neste subcapítulo, as alterações que o antitruste está sofrendo devido a esse fenômeno – enfatizando o controle de concentração. Destacamos que a discussão sobre Economia Digital “faz parte de um debate internacional mais amplo sobre a direção que a política de concorrência deve tomar em um ambiente de mercado em mudança”²⁷⁸. Dessa forma, não é apenas a Economia Digital que está provocando alterações no antitruste, porém, possivelmente, é o principal fator atual.

Todavia, antes de apontarmos os novos problemas e as “supostas” modificações que a Economia Digital causou, e está causando, no antitruste, devemos saber se, de fato, há essas

276 “[...] *the collection and processing of data are determinants to which companies can compete and thrive in digital markets [...]*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p.22.

277 “*Data, therefore, becomes a key input in the digital economy and contributes to dominance*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 24.

278 “*It is part of a broader international debate on the direction that competition policy should take in a changing market environment*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 16.

modificações – ou os mercados digitais seriam apenas alguns tipos de mercados dentre a infinidade de todos os outros mercados existentes.

Dessa forma, devemos lembrar, por exemplo, que dados sempre existiram, o que não existia até a digitalização era o Big Data, ou o uso de dados em larguíssima escala. . A partir disso, a OCDE realiza uma importante pergunta para o começo de nossa análise.

Uma pergunta é se o uso do ‘Big Data’ apresenta um problema diferente do uso de dados simples ou tradicionais. De fato, a loja da esquina prosperou conhecendo bem seus clientes. Os vendedores tradicionais sempre mantiveram relações estreitas com seus clientes para aprender sobre suas preferências e oferecer um produto personalizado. Da mesma forma, os fabricantes usam dados históricos para estimar a demanda e melhorar seus produtos em setores altamente competitivos. Podemos, portanto, afirmar que o Big Data gera um novo desafio de concorrência que não era observado antes?²⁷⁹

No mesmo sentido:

Não é um fenômeno novo que as empresas confiem em dados. Mesmo na ‘velha economia’, os dados dos clientes eram uma fonte essencial de informações para qualquer empresa, isto é, para fornecer publicidade a possíveis clientes, prever suas preferências de compra ou capacidade de gastos e analisar o desempenho de seus funcionários²⁸⁰.

Ou seja, as empresas já trabalhavam com a perspectiva de dados antes da digitalização – as pesquisas de opinião de restaurante podem ser entendidas como uma forma de coleta de dados a fim de obter maiores informações sobre seus clientes e produtos. Contudo, como visto, esses “dados antigos” são diferente dos dados atuais, uma vez que “no mundo off-line, os anunciantes tinham informações limitadas e, às vezes, defeituosas, sobre quantas pessoas realmente viram ou ouviram um anúncio”²⁸¹. E, do mesmo modo que as empresas já trabalhavam com a perspectiva de dados, o mesmo se aplica as autoridades concorrenciais (não apenas para dados, mas economias de escala, escopo, externalidades de rede, etc.). Portanto, a resposta para a indagação sobre a existência, ou não, de modificações no antitruste deve ser obtida a partir da comparação nas análises dos casos que apresentam as características da Economia Digital com os antigos casos da “velha economia”, pois, como

279 “One question is whether the use of ‘Big Data’ poses a different problem from the use of plain or traditional data. Indeed, the corner store has thrived by knowing its customers well. Traditional salesmen have always engaged in close relations with their clients to learn about their preferences and offer a customised product. Likewise, manufacturers use historical data to estimate demand and improve their products in highly competitive industries. Can we therefore assert that Big Data raises a new competition challenge that was not observed before? ”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 10.

280 “It is not a new phenomenon that businesses rely on data. Even back in the “old economy” customer data were an essential source of information for any undertaking, e. g. in order to deliver advertising to possible customers, predict their shopping preferences or spending capacity and analyze their employees’ performance”. P. 8-9.

281 “In the offline world, advertisers had limited, and sometimes faulty, information about how many people actually saw or heard an advertisement”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 26.

dito, as características que definem a Economia Digital não surgiram com a digitalização, mas se aprofundaram com ela.

Primeiramente, já é possível notar modificações no antitruste através de mudanças no ferramental teórico utilizado pelas autoridades anticoncorrenciais nas análises de casos – modificações causadas por falhas na utilização do ferramental clássico para a análise de casos digitais.

Muitas das ferramentas econômicas analíticas atuais não tratam dos problemas de Big Data. As autoridades concorrenciais têm melhores ferramentas para avaliar os efeitos dos preços. Mas elas têm ferramentas muito mais brutas para avaliar o efeito de uma concentração numa competição de não-preço (*non-price competition*), incluindo a qualidade do produto e a degradação da proteção da privacidade²⁸².

Além do problema de análises do Big Data, “muitas das medidas de poder de mercado (como *market share*) não são facilmente aplicáveis a mercados *multi-sided*”²⁸³. Podendo citar, por exemplo, o cálculo do *market share* de *search engines* como o Google, pois, uma vez que o cálculo clássico de *market share* se dá através da divisão da receita de uma firma pela receita total de determinado mercado relevante, o cálculo de *market share* de *search engines* ocorre pela divisão entre o número de procuras realizadas num site com o número de procuras total realizado em todos os *search engines*.

Outro diferencial, apontado no relatório dos BRICS, é que “a dinâmica específica de preços das plataformas, que geralmente é fixada no preço monetário zero em um lado do mercado, desafia a análise econômica convencional com base nos preços”²⁸⁴. Na mesma perspectiva, os professores Stucke e Grunes afirmam que “as autoridades concorrenciais, às vezes, consideram apenas o impacto da concorrência no lado da publicidade nas plataformas *multi-sided*, ignorando seu impacto no lado gratuito”²⁸⁵. Em outro caso, eles também afirmam que “a Comissão falhou ao considerar como a concentração aumenta as barreiras à entrada, dado vários efeitos *data-driven* de rede”²⁸⁶.

282 “[...] *many of the current analytical economic tools do not address the Big Data issues. The competition authorities have better tools to assess price effects. But they have far cruder tools to assess a merger’s effect on non-price competition, including product quality and the degradation of privacy protection*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 4.

283 “[...] *many of the measures of market power (such as market share) are not easily applicable to multi-sided markets*”. P. 12.

284 “[...] *particular pricing dynamics of platforms, which commonly set at the monetary price of zero to one side of the market, challenge conventional economic analysis based on prices*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 11.

285 “[...] *competition authorities at times consider only the merger’s impact on the advertising side of multi-sided platforms, ignoring its impact on the free side*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 76.

286 “[...] *the Commission failed to consider how the merger increases entry barriers, given several data-driven network effects*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 82.

Portanto, há claramente um problema de falta de ferramentas teóricas nas análises de casos digitais, alinhado com um desconhecimento sobre quais são os novos aspectos que devem ser examinados. Em relação à falta de ferramenta adequadas, “isso é problemático com o crescimento de mercados *multi-sided*, onde os produtos oferecidos de um lado são gratuitos”²⁸⁷, por exemplo. Por fim, o relatório da UE assenta que se deve “repensar as ferramentas de análise e o *enforcement* que são simultaneamente energéticas, disciplinadas e coerentes”²⁸⁸, adaptando-as para as características da Economia Digital com o propósito de se obter a melhor e mais justa decisão nos casos concorrenciais digitais.

O problema do ferramental de análise clássico já nos demonstra que, de fato, há modificações no antitruste ocasionadas pela Economia Digital. No próximo subcapítulo, focaremos nas modificações ocorridas no controle de concentração pelo uso intensivo de dados e outras características da Economia Digital. Ainda que o destaque seja para o controle de concentração, não devemos esquecer que a Economia Digital também realiza modificações no controle de estrutura – como a dúvida sobre o conluio e atos anticompetitivos causados pela prática de precificação por algoritmo.

4.1.4.1 DADOS, CONCENTRAÇÃO E ECONOMIA DIGITAL

Uma concentração de empresas digitais apresenta, como qualquer outra concentração, razões de concentrações, porém, como visto anteriormente, a digitalização levou a uma nova prática de concentração: a concentração *data-driven* (ou seja, além das razões “clássicas de concentração”, a concentração digital apresenta mais um motivo). Este tipo de concentração se caracteriza por ser um ato de concentração que objetiva “as vantagens que a nova entidade terá ao combinar diferentes conjuntos de dados”²⁸⁹, isto é, o aumento na variedade de dados e, por conseguinte, no valor dos dados.

287 “This is problematic with the growth of multi-sided markets, where the products offered on one side are free”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 5. (tradução nossa). No mesmo sentido: “When the competition agencies solely focus on the ‘paid’ advertising side of these multi-sided markets, and ignore the merger’s impact on the ‘free’ side, both consumers and advertisers are harmed”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 5.

288 “[...] a rethinking of the tools of analysis and enforcement that is simultaneously energetic, disciplined and coherent”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 14. (tradução nossa).

289 “[...] the advantages the new entity will have by combining different sets of data”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 16. (tradução nossa).

Essas concentrações apresentam aspectos positivos e negativos. Analisando os aspectos negativos, podemos, primeiramente, mencionar a prática de concentração com o objetivo do ato de *foreclosure* de dados essenciais. Se o mercado digital for caracterizado pela necessidade de utilização de dados a fim de que as empresas participantes obtenham sucesso, naturalmente, há de se esperar que as empresas compitam por esses dados e, por conseguinte, pratiquem atos concentracionistas para práticas de *foreclosure* (impedir que empresas concorrentes obtenham um insumo essencial na produção de seu produto). Neste sentido, o relatório da UE apontou para a problemática do *foreclosure* como um modo da empresa adquirente aumentar e manter o exercício da sua posição dominante naquele mercado relevante.

Uma preocupação que está ganhando importância na era digital é se, e quando, a aquisição de alvos com fontes de dados específicos pode impedir significativamente a competição (teste SIEC), por meio de efeitos horizontais, verticais ou de conglomerados. Essas concentrações podem ter consequências pró-competitivas, permitindo o fornecimento de novos serviços graças ao acesso a um conjunto de dados mais ricos, mas, às vezes, geram uma concentração no controle de fontes de dados valiosos e não replicáveis e resultam em um melhor acesso aos dados para as partes envolvidas na concentração do que para seus concorrentes; quando eles resultam numa combinação particularmente valiosa de diferentes dados, eles podem fortalecer uma posição dominante ou permitir que a entidade adquirente alavanque o seu poder de mercado, e, às vezes, a concentração levanta preocupações de *foreclosure*. A Comissão Europeia analisou esses efeitos em profundidade nos casos recentes²⁹⁰.

Outro tipo de concentração negativa, que é passível de acontecer nos mercados digitais, é a chamada *killer acquisition*. “Numa ‘*killer acquisition*’, uma empresa estabelecida adquire um potencial concorrente com um projeto inovador, que ainda está no estágio inicial de seu desenvolvimento, e, subsequentemente, encerra o desenvolvimento da inovação do alvo, a fim de evitar um efeito de substituição”²⁹¹.

290 “One concern that is gaining in importance in the digital era is whether and when the acquisition of targets with specific data resources can significantly impede competition, through horizontal, vertical or conglomerate effects. These mergers can have procompetitive consequences, by allowing the provision of new services thanks to the access to richer sets of data, but they sometimes bring about a concentration in control over valuable and non-replicable data resources and result in better data access for the merging parties than for their competitors; when they lead to a particularly valuable combination of different data troves, they may strengthen a dominant position or allow the acquiring entity to leverage market power, and sometimes raise foreclosure concerns. The European Commission has analyzed such effects in depth in recent cases”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 110. No mesmo sentido: “[...] economic agents often have incentives to monopolize it. This is true of “productive” information which allows its possessor to create a product, for instance information about a technology of production: being the only one to possess this information gives a degree of market power”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 27.

291 “In a “killer acquisition”, an incumbent acquires a potential competitor with an innovative project that is still at an early stage of its development and subsequently terminates the development of the target’s innovation in order to avoid a replacement effect”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER;

A literatura sobre as *killer acquisitions* foi desenvolvida no setor farmacêutico, onde se encontrou forte evidências que as empresas farmacêuticas consolidadas estavam adquirindo empresas menores a fim de obter a propriedade daquelas drogas e, por conseguinte, interromper a fabricação delas. Desse modo, “a evolução da literatura sobre *killer acquisitions* indica que um número significativo de aquisições segue a clara intenção de antecipar a concorrência futura e interromper o desenvolvimento dos produtos de um concorrente”²⁹². Confirmando a hipóteses, os autores encontraram “uma probabilidade 39,6% menor de continuar a atividade após a aquisição em comparação aos medicamentos que não são adquiridos [...]. [...] eles estimam que 6,4 % das aquisições de sua amostra são ‘*killer acquisitions*’”²⁹³. A conclusão que se chega é que, “segundo o argumento, é improvável que as potenciais empresas iniciantes obtenham financiamento se elas desenvolverem produtos da ‘*kill zone*’”²⁹⁴.

Apesar dessa literatura ter sido desenvolvida para o setor farmacêutico, podemos afirmar que essa mesma “estratégia de ‘*killer acquisition*’, projetada para eliminar potenciais rivais futuros”²⁹⁵, é suscetível de acontecer nos mercados digitais. Se pensarmos no mercado de aplicativos de celular, pode-se ter uma situação em que um novo aplicativo, que oferece um serviço superior ao principal aplicativo existente no mercado, é adquirido por este que detém a posição dominante e um aporte financeiro para realizar essa *killer acquisition*. O fato que a literatura mostra é que essas “empresas dominantes podem identificar rapidamente (e reprimir) ameaças competitivas nascentes”²⁹⁶, ocasionando um grave problema à concorrência daquele mercado.

Talvez possa se pensar que as operações Google/NewLabs e Google/Dropcam sejam uma *killer acquisition*, visto que a Google, ao realizar as aquisições, não havia a intenção de continuar a fabricação dos produtos das empresas adquiridas. Contudo, este não é o caso.

Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 117. Ver também. Cong. P. 21.

292 “the evolving killer acquisitions literature points out that a significant number of acquisitions follows the clear intention to preempt future competition and discontinue the development of a competitor’s products”. P. 6.

293 “[...] 39.6% less likely to be continued after the acquisition compared to drugs that are not acquired [...]. [...] they estimate that 6.4% of the acquisitions in their sample are killer acquisitions”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Paris: CERRE, 2019. p. 22.

294 “[...] the argument goes, potential entrants are unlikely to obtain funding if they develop products in the kill zone”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Paris: CERRE, 2019. p. 4.

295 “[...] killer acquisition strategy, designed to eliminate potential future rivals”. FURMAN, Jason. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 92.

296 “[...] dominant firms can quickly identify (and squelch) nascent competitive threats”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p.8.

Frequentemente, o projeto da startup adquirida é integrado ao ecossistema do adquirente ou a um de seus produtos existentes. Essas aquisições são diferentes das *killer acquisitions*, pois a integração de serviços inovadores complementares geralmente tem uma lógica plausível de eficiência²⁹⁷.

Apesar da Google ter adquirido as duas empresas por causa dos dados, essas aquisições foram eficientes no sentido de ter aumentado a variedade e o valor dos dados da Google. Já, nas *killer acquisitions*, o único objetivo é encerrar a fabricação do produto da empresa adquirida para que não haja a substituição desse produto pelo produto da empresa adquirente.

O relatório chamado “*Digital Conglomerates and EU Competition Policy*”, lançado no início do ano de 2019 pelos professores Bourreau e Streeel, apresenta um aspecto mais positivo sobre este tipo de concentração.

O debate em torno de *killer acquisitions* e aquisições de produtos da *kill zone* considera que algumas aquisições são motivadas por motivos preventivos. No entanto, pode-se adotar outra visão de que a aquisição de startup é eficiente e benéfica para ambas as partes: as startups trazem ideias e habilidades inovadoras e as grandes empresas trazem as habilidades complementares e os recursos necessários para desenvolver essas ideias comercialmente²⁹⁸.

No mesmo sentido, o relatório do BRICS retrata que:

O CADE observa que, embora as aquisições de novos participantes pelas empresas estabelecidas possam representar o risco de eliminar uma potencial concorrência, também se pode levar à transferência de know-how e de tecnologia da empresa tradicional para a empresa iniciante, o que poderia gerar impactos positivos na inovação e concorrência²⁹⁹.

Portanto, concluímos que as concentrações digitais devem continuar a ter uma presunção *juris tantum* de licitude, visto que essas concentrações podem ajudar a empresa adquirida – utilizando o dinheiro e demais recursos da empresa adquirente – e a empresa adquirente – obtendo a propriedade de um novo produto. O relatório da UE afirma que “a Comissão deve investigar se a concentração acarreta um risco de ‘efeito de canibalização’ (*cannibalization effect*): existe um cenário plausível que a empresa alvo, utilizando sua

297 “Frequently, the project of the bought up start-up is integrated into the “ecosystem” of the acquirer or into one of their existing products. Such acquisitions are different from killer acquisitions as the integration of innovative complementary services often has a plausible efficiency rationale”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 117-118.

298 “The debate around killer acquisitions and the kill zone takes the view that some of the acquisitions are motivated by pre-emptive motives. However, one could take the other view that the acquisition of start-ups by larger firms is efficient and benefits both parties: the start-ups bring innovative ideas and skills, and the large firms bring the complementary skills and resources necessary to develop these ideas commercially”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Paris: CERRE, 2019. p. 22.

299 “CADE notes that, while acquisitions of new players by incumbents may pose the risk of eliminating potential competition, it may also lead to know-how and technology transfer from the traditional company to the newcomer, which could have positive impacts to innovation and competition”. CADE. *BRICKS in the digital economy: competition policy in practice*. Brasília: CADE, 2019. p. 17.

inovação, possa entrar no mercado da adquirente”³⁰⁰. O mesmo deve ser aplicado ao CADE e demais autoridades concorrenciais, uma vez que é dever delas investigar e tentar descobrir se é possível que a concentração tenha um *cannibalization effect* e produza, no final, uma *killer acquisition*. Se for provável este acontecimento, a autoridade deve rejeitar a concentração devido ao dano concorrencial causado pela concentração.

Ressaltamos que essa avaliação de *cannibalization effect*, ao menos na UE, já acontece: “nos mercados farmacêutico e agroquímico, a Comissão abordou a eliminação precoce de ameaças competitivas, observando as relações concorrenciais na fase de inovação que precede a concorrência no mercado de produtos”³⁰¹. Essa avaliação, normalmente, acontece junto com a avaliação de impactos negativos da concentração na inovação das empresas. Em relação a isso, “o caso Dow/DuPont é, provavelmente, o caso no qual a Comissão analisou mais extensivamente os efeitos da concentração nos incentivos na inovação das partes envolvidas”³⁰². Por fim, segundo a opinião dos professores Bourreau e Streel, “achamos que as autoridades concorrenciais deveriam avaliar diretamente os efeitos de um concentração na inovação”³⁰³, visto que impactos da concentração em inovação apresentam um forte potencial de piorar o nível de competição entre mercado – já que a nova entidade não será mais pressionada pela outra empresa a fim de desenvolver melhores produtos aos seus clientes.

Depois de analisado os principais aspectos negativos que a digitalização trouxe ao controle de concentração, partimos para o exame dos aspectos positivos das concentrações digitais. Inicialmente, devemos, mais uma vez, retomar a ideia de presunção de licitude de concentração. Consequentemente, uma concentração só será rejeitada se as autoridades concorrenciais provarem a existência de futuros danos ao mercado e aos consumidores, seja por eliminar a concorrência, seja por reforçar posição dominante.

300 “[...] *the Commission should explore whether the merger brings about a risk of a “cannibalization effect”: is there a plausible scenario in which the target, using its innovation, could “eat into the market of the acquirer”?*” CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 117. Ver também. Cong. P. 32.

301 “*In the pharmaceutical and agro-chemical markets, the Commission has addressed early elimination of competitive threats by looking at competitive relationships in an innovation phase that precedes product market competition*” CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 120.

302 “*Dow/DuPont is probably the case where the Commission analysed most extensively the effects of the mergers on the incentives of the merging parties to innovate*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Paris: CERRE, 2019. p. 31.

303 “[...] *we think that antitrust authorities should directly assess the effects of a concentration on innovation*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Paris: CERRE, 2019. p. 32.

Todavia, no caso das concentrações *data-driven*, elas visam o aumento da variedade e do valor dos dados e, por conseguinte, realiza-se esse aumento da variedade dos dados ao comprar empresas não concorrentes (difícilmente se justificaria como razão de concentração a aquisição de uma empresa concorrente por um aumento na variedade de dados). Dessa forma, “quando a concentração for qualificada como vertical ou conglomerada, a integração de produtos ou atividade complementares poderá, à primeira vista, ser considerada uma eficiência pró-competitiva”³⁰⁴. Ou seja, concentrações *data-driven* devem ser entendidas, aparentemente, como uma concentração lícita, eficiente e pró-competitiva, devendo ser reprovadas apenas se a autoridade concorrencial provar o seu vício concorrencial.

Seguindo a argumentação dos professores Bourreau e Streeck e do relatório do BRICS, o relatório da UE também afirma que:

Em muitos casos, essas aquisições (digitais) serão pró-competitivas. [...] enquanto a que a startup pode contribuir com ideias, produtos e serviços, a empresa estabelecida pode possuir as habilidades, ativos e recursos financeiros necessários para implantar ainda mais esses produtos e comercializá-los³⁰⁵.

Isto é, há, claramente, um benefício entre a união da empresa grande com a empresa pequena, uma vez que cada uma apresenta uma vantagem comparativa distinta. Enquanto uma empresa detém a ideia excepcional, a outra detém os recursos necessários para efetivar mais rapidamente esta ideia. No final, essa situação se classifica como um jogo de soma não zero, visto que as duas empresas saem ganhando com a concentração (há eficiências para os dois lados).

E, por fim, apesar de que uma concentração *data-driven* possa ser vista como uma forma de “monopolização” de dados, ela também pode ser usada como uma forma de defesa de eficiência pelas empresas.

As partes usaram a escala de dados resultante da operação como defesa de eficiência. No *Microsoft/Yahoo!*, *Estados Unidos v. Bazaarvoice e Tomtom/TeleAtlas*³⁰⁶, foram feitas alegações de eficiências pelas partes que declararam que a concentração permitira que uma empresa produzisse melhores produtos mais rapidamente por causa dos dados³⁰⁶.

304 “Where the merger is qualified as a vertical or conglomerate merger, the integration of complementary products or activities may at first sight be considered as a pro-competitive efficiency”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 112. (tradução nossa).

305 “In many cases, such acquisitions will be pro-competitive. [...] while the start-up may contribute innovative ideas, products and services, the established firm may possess the skills, assets and financial resources needed to further deploy those products and commercialize them”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 111. (tradução nossa).

306 “[...] the parties have used the scale of data resulting from the operation as an efficiency defense. In *Microsoft/Yahoo!*, *United States v. Bazaarvoice and Tomtom/Tele Atlas*³⁰⁶, efficiency claims were made by the merging parties stating that the merger would allow a company to produce better products faster because of

Conforme visto no subcapítulo das consequências do uso de dados e do Big Data, uma das consequências de suas utilizações é a possibilidade de melhora da sua produção e da qualidade do seu produto. Dessa forma, essas empresas argumentaram que a concentração e o aumento na variedade de dados da empresa possibilitariam a melhora de seus produtos, gerando eficiências tanto para o consumidor quanto para a empresa (no Direito brasileiro, as defesas de eficiências estão previstas no §6 do art. 88 da Lei 12.529/11). Essa argumentação da escala de dados como defesa de eficiência comprova, mais uma vez, a hipótese de que os dados e, principalmente, o Big Data não são, inerentemente, bom, ruim ou neutro, dependendo exclusivamente da sua forma de utilização.

4.1.5 A INTERSECÇÃO ENTRE O PROBLEMA DA PRIVACIDADE DOS DADOS E O ANTITRUSTE

Em conformidade com a menção feita no subcapítulo sobre os dados, exploraremos, ligeiramente, a relação entre os problemas atuais da privacidade dos dados e o antitruste. Apesar do tema da privacidade de dados não ser, propriamente, da área do antitruste, existem, cada vez mais, intersecções entre as duas áreas. Primeiramente:

[...] (há) uma preocupação crescente com a proteção da privacidade do consumidor no contexto do uso de Big Data, levantada não apenas pelas agências de proteção de consumidor e proteção de dados, mas também pelas autoridades antitrustes, que já começaram a trazer uma dimensão de privacidade à política de concorrência³⁰⁷.

Dessa forma, embora a autoridade antitruste não seja a autoridade competente para exercer o Direito do Consumidor, ela deverá levar em consideração o aspecto da privacidade dos dados nas suas análises, uma vez que a privacidade também é uma forma de concorrência atual. “Concentrações *data-driven*, como a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, têm o potencial de diminuir a concorrência não relacionada a preços em termos da variedade de proteções de privacidade oferecidas aos consumidores”³⁰⁸. Desse modo, conforme visto no início do capítulo, a Comissão entendeu que a concorrência entre WhatsApp e o Messenger era uma concorrência através de privacidade – classificando-a não como uma concorrência

data”. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition Law and Data*. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. p. 17.

307 “[...] a growing concern with the protection of consumer privacy in the context of the use of Big Data, raised not only by consumer protection and data protection offices, but also by antitrust authorities, which have already started bringing a privacy dimension to competition policy”. OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 18.

308 “[...] data-driven mergers, like Facebook’s acquisition of WhatsApp, have the potential to lessen non-price competition in terms of the array of privacy protections offered to consumers”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 4.

perfeita, visto que o WhatsApp apresenta uma política de não utilização dos dados de seus usuários, enquanto o Messenger coleta e processa os dados de seus usuários, ou seja, não eram concorrentes diretos.

Ademais, devemos entender que “o mercado nem sempre oferece alternativas viáveis que protegem nossa privacidade”³⁰⁹, uma vez que nem sempre há uma boa conciliação entre privacidade dos dados e maximização do lucro. Portanto, quanto maior o número de agências realizando investigações e proteções dos cidadãos e consumidores em relação à proteção dos seus dados, menor será a probabilidade de sofrermos algum dano ou violação de privacidade.

E, por último, “a Comissão também reconheceu que a degradação da proteção da privacidade pode infringir o direito da concorrência da UE (infringindo ou não as regras de proteção de dados)”³¹⁰, ou seja, a proteção de privacidade, ao menos na UE, também faz parte do Direito Concorrencial. Caracterizando como uma evolução, uma vez que não há uma vinculação do DGComp com a agência de proteção de dados europeia.

4.1.6 QUESTÕES FINAIS

Para fecharmos este subcapítulo sobre a Economia Digital, retomaremos alguns dos pontos principais e apresentaremos algumas opiniões contidas nos relatórios utilizados ao longo do texto.

Primeiramente, ressaltamos que é extremamente nova a relação entre Economia Digital e o antitruste.

Até o início de 2015, as autoridades concorrenciais europeias e norte-americanas, que deveriam rastrear concentrações para impedir as prováveis concentrações anticompetitivas, não consideravam amplamente as implicações de uma economia *data-driven* nas suas políticas da concorrência³¹¹.

Dessa forma, não devemos ser tão críticos em relação às decisões realizadas pelas autoridades concorrenciais, uma vez que esses aspectos da Economia Digital ainda são demasiadamente novos para termos um total entendimento sobre eles. Ademais, como visto, a

309 “*The market does not always provide viable alternatives that protect our privacy*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 6.

310 “*The Commission also recognized that the degradation in privacy protection could infringe EU competition law (whether or not it also infringes the data protection rules)*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 131.

311 “*Until early 2015, the European and US competition authorities, which were supposed to screen mergers to prevent those likely to be anticompetitive, largely did not consider the implications of a datadriven economy on competition policy*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 10. (tradução nossa). No mesmo sentido: “*The competition agencies, through 2015, have played a minor role in protecting consumers from the anticompetitive risks of a data-driven economy*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p.11.

maioria das questões sobre a relação entre Economia Digital e antitruste ainda estão em abertas, carecendo de respostas sólidas e estruturadas. E, além da falta de respostas para essas questões, muito provavelmente, outras importantes questões nem foram efetuadas. Esses fatos demonstram a imaturidade da literatura ao tratar sobre essa nova relação.

Todavia, apesar da novidade, já compreendemos que “a política de concorrência desempenha um papel fundamental para garantir que os cidadãos obtenham os benefícios e minimizem os riscos de uma economia *data-driven*”³¹². Isto é, embora as autoridades concorrenciais terem começado a atuar nessa nova relação há pouquíssimo tempo, já é conhecida a importância dos seus papéis para efetivar os objetivos do Direito Concorrencial, a preservação da concorrência e proteção de eventuais abusos das empresas nos consumidores.

Já em relação ao problema da ineficiência do ferramental teórico clássico do antitruste para as análises dos mercados digitais, mais especificamente, os relatórios não apresentam um opinião convergente. O relatório da UE, por exemplo, acredita que existe a necessidade de adaptar as metodologias e as ferramentas analíticas para o exame de casos digitais:

Não achamos necessário repensar os objetivos fundamentais do Direito da Concorrência à luz da ‘revolução’ digital. Mas argumentamos que precisamos adaptar suas metodologias e ferramentas analíticas, teorias econômicas de danos e doutrinas legais ao novo ambiente³¹³.

No entanto, o relatório do BRICS, incluindo a opinião brasileira, apresenta opinião contrária, entendendo que os casos de mercados digitais podem ser analisados a partir das metodologias clássicas.

[...] as autoridades da concorrência em geral consideram que as respectivas ferramentas e métodos antitrustes são adequados para analisar os mercados digitais. Brasil, Índia e África do Sul consideram que o respectivo marco legal deixa espaço suficiente para adaptar os conceitos e ferramentas existentes, de modo que o conjunto de ferramentas atual tem sido adequado para analisar os casos que envolvem mercados digitais³¹⁴.

Desse modo, concluímos que, das poucas questões atuais que apresentam respostas, não há consenso sobre essas respostas. Obviamente, cada autoridade concorrential deve

312 “*Competition policy plays a key role in ensuring that citizens get the benefits of a data-driven economy and in minimizing its risks*”. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p.11.

313 “*We do not think that there is a need to rethink the fundamental goals of competition law in the light of the digital ‘revolution’.* But we argue that we have to adapt its methodologies and analytical tools, economic theories of harm and legal doctrines to the new environment”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 15.

314 “[...] *the Competition Authorities in general, consider that the respective antitrust tools and methods are suitable to analyze digital markets. Brazil, India and South Africa hold that the respective legal framework leaves enough room to adapt the existing concepts and tools, so that the current toolkit has been suitable to analyze the cases involving digital markets*”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 41.

apresentar sua autonomia individual nas suas decisões. Contudo, não podemos também levar essa máxima ao extremo, visto que o Direito Concorrencial e o Antitruste são áreas, intrinsecamente, internacionais, necessitando de uma cooperação entre jurisdições e autoridades a fim de melhor resolver os problemas concorrenciais.

E, dessa forma, findamos este subcapítulo. O objetivo principal era apresentar um panorama sobre a Economia Digital, sua definição, características (elevadas economias de escala, escopo, externalidades de rede e dados) e mudanças que ela – e, essencialmente, a utilização dos dados e do Big Data – está causando nos mercados digitais e não digitais. Ademais, analisamos os aspectos positivos e negativos dos dados em relação ao antitruste – no controle de concentração (questão sobre *foreclosure* de dados e *killer acquisitions*), problema do ferramental teórico, problema da privacidade dos dados. Portanto, após este estudo, focaremos, no próximo subcapítulo, sobre o problema das concentrações digitais e a falta de notificação dessas importantes concentrações, uma vez que o critério de faturamento não é capaz de embarcar esses novos tipos de atos concentracionistas.

5 UMA SUPOSTA EVOLUÇÃO DO CRITÉRIO DE NOTIFICAÇÃO: O VALOR DA OPERAÇÃO

Está ocorrendo uma “onda de fusões e aquisições de conglomerados na economia digital”³¹⁵. Conforme o relatório da UE, “as maiores empresas digitais se envolveram intensamente em fusões e aquisições na última década”³¹⁶. Por exemplo, “nos últimos dez anos, os cinco maiores gigantes da tecnologia – Alphabet, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft – fizeram mais de 430 aquisições”³¹⁷.

O problema é que essas concentrações digitais não estão sendo capturadas pelos critérios de notificação obrigatória e, por conseguinte, as autoridades concorrenciais não as analisam. Conforme o relatório escrito pela comissão de estudos antitruste da Universidade de Chicago:

O comportamento que pode ser de maior preocupação para muitos formuladores de políticas públicas que estudam poderosas empresas digitais é a aquisição de possíveis concorrentes. Muitas vezes essas concentrações ficam abaixo do valor limite/de corte no qual o comprador necessitaria notificar as autoridades concorrenciais antes de efetivar o negócio. Como consequência, as autoridades têm capacidade limitada ou inexistente para avaliar se um determinado acordo é competitivo ou prejudicial à concorrência antes de ser fechado³¹⁸.

As concentrações digitais não são capturadas pelo controle de concentração, pois o principal critério de notificação de atos de concentração é o critério de faturamento das empresas. Isto acontece em razão dos modelos de negócios das empresas digitais, uma vez que “o foco principal de muitas empresas está em aumentar sua base de usuários acima da

315 “[...] *wave of conglomerate mergers and acquisitions in the digital economy*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. ***Digital Conglomerates and EU Competition Policy***. Paris: CERRE, 2019. p. 4.

316 “*The largest digital firms have intensively engaged in mergers and acquisitions over the last decade [...]*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. ***Competition policy for the digital era***. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 110.

317 “*Over the last ten years, the Big Five tech giants – Alphabet, Amazon, Apple, Facebook and Microsoft – have made more than 430 acquisitions*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. ***Digital Conglomerates and EU Competition Policy***. Paris: CERRE, 2019. p. 21. No mesmo sentido: “In the last decade, Amazon, Apple, Facebook, Google, and Microsoft combined have made over 400 acquisitions globally”. FURMAN, Jason. ***Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel***. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 91. “According to data compiled by Bloomberg, there have been approximately 431 acquisitions by Facebook, Amazon, Google (Alphabet), Apple and Microsoft alone in the last decade”. SAUERMAN, Martin. ***The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control***. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 6.

318 “*The behavior that may be of greatest concern to the many policymakers studying powerful digital businesses is their acquisition of potential competitors. These acquisitions often fall below the value threshold under which the buyer would need to notify competition authorities in advance of the deal. As a consequence, authorities have limited or no ability to assess whether a given deal is procompetitive or harmful to competition before it closes*”. CHICAGO BOOTH. ***Report***. Chicago: George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. p. 89-90. (tradução nossa). No mesmo sentido: “[...] *the acquisition of start-ups which still have very low turnover and may not be “caught” by traditional merger control*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. ***Competition policy for the digital era***. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 110.

lucratividade de curto prazo”³¹⁹. No mesmo sentido, o relatório da EU relata que “muitas startups digitais tentam criar um produto de sucesso e atrair uma grande base de usuários sem muita consideração pelos lucros de curto prazo: esperam ser adquiridas ou começar a monetizar sua base de usuários em um estágio relativamente tardio”³²⁰.

Como visto no capítulo da Economia Digital, esse fenômeno agravou um aspecto negativo das concentrações: as *killer acquisitions*. E, como relatam os professores Bourreau e Streel, “a notificação baseada no critério de faturamento não é suficiente para capturar algumas potenciais *killer acquisitions*, pois essas aquisições, geralmente, ocorrem no início do ciclo de vida das empresas alvos quando elas ainda não possuem um alto faturamento”³²¹.

Dessa forma, além da Economia Digital reforçar um aspecto negativo da concentração, uma das suas outras consequências é a alteração nos modelos de negócios digitais, ocasionando o resultado da impossibilidade de análise de *killer acquisitions* digitais.

A experiência internacional no mercado digital mostrou que, em alguns casos, empresas pequenas, mas inovadoras (*start-ups*), foram compradas por empresas muito maiores e bem estabelecidas, sem que os critérios de controle de concentração tivessem sido acionados, porque muitas vezes as empresas *start-ups* tinham poucas ou não tinham vendas³²².

Em suma, “os critérios de notificação obrigatória são baseados nas receitas da empresa. Como a Índia destaca, a maioria dos participantes da economia digital se enquadra na isenção *de minimis* do preenchimento obrigatório – portanto, a concentração está isenta de notificação”³²³. Por conseguinte, hasteou-se a questão, no debate internacional antitruste, “se os critérios atuais de notificação podem capturar transações motivadas pelo Big Data”³²⁴.

319 “[...] *the primary focus of many businesses is on growing their user base above short-term profitability*”. FURMAN, Jason. **Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel**. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 120.

320 “*Many digital start-ups attempt to build a successful product and attract a large user-base without much regard for short term profits: they hope either to be acquired or to begin monetizing their user base at a relatively late stage*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 111.

321 “*A notification threshold based on the turnover is not sufficient to capture some potentially harmful killer acquisitions because those acquisitions often take place early in the life cycle of the target firms when they do not yet have a large monetary turnover*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. **Digital Conglomerates and EU Competition Policy**. Paris: CERRE, 2019. p. 32. (tradução nossa). No mesmo sentido: “*The turnover of the respective firms may be very low and may not give an adequate picture of the firms’ market potential. [...] The risk exists that established players reduce competition by buying competitor with new business models, technical innovations, or important data*”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219.

322 “*International experience in digital market has shown that in some cases small but innovative companies (‘start-ups’) have been purchase by much larger, well established businesses without merger control thresholds having been triggered, because the start-up companies often had few or no sales*”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 324. (tradução nossa).

323 “[...] *the mandatory notification criteria are based on the company’s revenues. As India highlights, most of the entrants in the digital economy fall under the de minimis exemption of mandatory filing– therefore, their*

Ressaltamos que, apesar de serem os principais exemplos dessa falha jurisdicional, não são apenas as concentrações de empresas digitais que estão escapando do controle de concentração realizado pelas autoridades concorrenciais. Segundo Juliane Scholl, “o risco dos casos escaparem o controle de concentração não se limita à economia digital. Esse risco também existe em outros setores de pesquisa intensiva como, por exemplo, os setores farmacêutico e tecnológico”³²⁵. Isto ocorre, pois, conforme visto sobre as razões de concentrações modernas e conforme o discurso da Conselheira Vestager, “a questão parece ser que nem sempre é o faturamento que faz de uma empresa ser atraente para uma concentração. Às vezes, o que importa são os seus ativos. Pode ser uma carteira de clientes ou até mesmo um conjunto de dados”³²⁶.

Dessa forma, concluímos que há uma lacuna no controle de concentração causado por uma falha de captura no critério de valor de faturamento. Este é um fato preocupante, pois há importantes concentrações digitais que não estão sendo averiguadas pelas autoridades concorrenciais. Ou seja, visto que não há essas análises, não sabemos se a concorrência e os consumidores estão sendo lesados por essas concentrações.

Entendemos por haver uma preocupação no fato dessas concentrações não estarem sendo avaliadas, pois, além do número de concentração ser alto, o valor gasto em operações de M&A também o é. Conforme os professores Bourreau e Streel, “as grandes empresas de tecnologia também compram muitas *startups* bem-sucedidas ou promissoras em uma escala muito grande. Por exemplo, apenas no ano de 2017, Alphabet, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft gastaram um total de USD 31,6 bilhões em aquisições de *startups*”³²⁷. Dessa forma, essas grandes empresas digitais realizam aquisições de empresas como se fossem atividades de venture capital. E, no fim, muita das vezes, não há a averiguação dessas

acquisition is exempted from notification”. CADE. **BRICKS in the digital economy: competition policy in practice**. Brasília: CADE, 2019. p. 17.

324 “[...] *whether the current notification thresholds are able to capture transactions motivated by Big Data*”. OCDE. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. p. 18.

325 “*However, the risk that cases escape merger control is not limited to the digital economy. This risk also exists in other research-intensive sectors, e.g., the pharmaceuticals and technology sectors*”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219. (tradução nossa). No mesmo sentido: “[...] *the Commission may be particularly concerned with transactions in the pharmaceutical and the digital industry [...]*”. BIICL. **Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control**. Londres: BIICL, 2017.p. 9

326 “*The issue seems to be that it’s not always turnover that makes a company an attractive merger partner. Sometimes, what matter are its assets. That could be a customer base or even a set of data*”. Hauck. P. 324.

327 “[...] *the big-tech companies also buy many successful or promising start-ups on a very large scale. For example, for the year 2017 alone, Alphabet, Amazon, Apple, Facebook and Microsoft spent a total of \$31.6bn on acquisitions of start-ups*”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. **Digital Conglomerates and EU Competition Policy**. Paris: CERRE, 2019. p. 4.

operações, uma vez que “a notificação baseada apenas no faturamento pode não ser suficiente para capturar esses casos”³²⁸.

Contudo, conforme veremos no próximo subcapítulo, não há um consenso sobre se existe, ou não, uma lacuna no controle de concentração mundial e, admitindo haver essa lacuna, também não existe consenso se as não análises das concentrações digitais são uma preocupação que mereça uma devida atenção. A fim de responder essas questões, traremos opiniões contrárias e favoráveis sobre a existência de lacuna nas análises de concentrações digitais de diversas jurisdições, principalmente aquelas analisadas no capítulo do controle de concentração no Direito Comparado.

5.1 HÁ, DE FATO, UMA LACUNA NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO E UMA SUPOSTA INEFICIÊNCIA DO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO?

Com o propósito de saber se há, ou não, uma lacuna no controle de concentração, envolvendo concentrações digitais, devemos, primeiramente, separar as jurisdições, já que, conforme visto no capítulo de Direito Comparado, as jurisdições apresentam diferentes critérios de notificação. Desse modo, inicialmente, analisaremos os eventuais problemas no Direito Concorrencial norte-americano.

5.1.1 LACUNA NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO NORTE-AMERICANO

Em relação ao controle de concentração dos EUA, vimos que o principal critério para a notificação de concentrações não é o critério de valor de faturamento, mas sim o critério de valor de transação – o critério de valor de faturamento apresenta um caráter subsidiário, sendo utilizado apenas nas concentrações que apresentam um valor de transação entre U\$ 50 milhões e U\$ 200 milhões. A literatura entende que o conceito norte-americano de valor de transação (*value of consideration*) não é sinônimo do critério do valor de operação (*size-of-transaction*), critério visto nos Direitos alemão e austríaco, por exemplo. Contudo, apesar de não serem sinônimos, esses dois conceitos (*value of consideration* e *size-of-transaction*) são duas espécies do mesmo gênero (critério “*value-related*”), uma vez que valoriza como

³²⁸ “*Turnover-based notification thresholds alone may not be sufficient to capture these cases*”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219. (tradução nossa).

critério o valor despendido na concentração – e não o valor de faturamento das partes ou qualquer outro critério possível.

Nos EUA, existe um conceito semelhante em relação ao ‘*size of transaction*’ test de acordo com a Hart-Scott-Rodino *Antitrust Improvements Act* de 1976 (a seção 7A do Clayton Act). Embora ‘*size of transaction*’ não seja exatamente o mesmo que ‘*value of consideration*’ de uma concentração, considerações semelhantes se aplicam e a experiência adquirida pode ser usada. Também em outras jurisdições (Canadá, México, Filipinas, Argentina, Belarus, Colômbia, Kenya, Índia, Namíbia, África do Sul, Suazilândia e Tanzânia), os critérios do ‘*value-related*’ são aplicados. Contudo, ‘*value-related*’ não se refere necessariamente apenas à remuneração, mas também captura ‘*value/size of transaction*’, ‘*price paid*’, ‘*value of assets being transferred*’, etc.³²⁹.

Até o surgimento da Economia Digital, havia uma forte correlação entre o valor de transação de uma operação e os valores de faturamento das empresas, uma vez que, para a “velha economia”, tender-se-ia a pagar um valor maior para uma empresa, quanto maior fosse o seu faturamento – pressupondo que o objetivo de todas as empresas é a maximização de lucros. Dessa forma, não havia uma grande diferença entre adotar como critério para a notificação obrigatório o valor de transação de uma operação ou o valor de faturamento das empresas, visto que os dois critérios, se bem utilizados, embarcariam as grandes operações. O diferencial, nesses casos, seria o valor de corte que se colocaria, seja no critério de valor de operação, seja no critério de valor de faturamento. Quanto maior o valor estabelecido, menor o número de concentrações abarcadas e quanto menor o valor estabelecido, maior o número de concentrações abarcadas. Ou seja, a diferença estava nos valores estipulados, ao invés de estar nos critérios, uma vez que, como dito, havia uma forte correlação entre o valor de transação da operação e os valores de faturamento das empresas. Contudo, conforme visto, a Economia Digital não apresenta esta correlação, posto que startups com ideias inovadoras, mas sem faturamento, são adquiridas por altíssimos valores.

Dessa forma, para os EUA, não há como saber se o critério de valor de faturamento está sendo eficiente, apanhando as concentrações digitais, visto que eles utilizam como critério principal o valor de transação de uma operação.

Contudo, Thomas Wollmann publicou, numa das principais revistas econômicas mundiais (*American Economic Review*), um artigo no qual ele afirma que “as concentrações transferem trilhões de dólares em direitos de propriedade a cada ano, e a grande maioria

³²⁹ “In the USA there is a similar concept in relation to the ‘*size of transaction*’ test according the Hart-Scott-Rodino *Antitrust Improvements Act of 1976*. Though ‘*size of transaction*’ is not exactly the same as ‘*value of consideration*’ for a merger, similar considerations apply and experience made could be used. Also in other jurisdiction, *value-related* thresholds are applied. However, ‘*value-related*’ not necessarily refers to the consideration only, but also catches ‘*value/size of transaction*’, ‘*price paid*’, ‘*value of assets being transferred*’, etc”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 325. (tradução nossa).

dessas concentrações fica abaixo dos limites de valores de notificação, que vêm aumentando em todo o mundo há décadas”³³⁰. Portanto, nos EUA, o principal problema em relação ao controle de concentração não está nas concentrações digitais (visto que, normalmente, são concentrações com um alto valor de transação), mas em todas as outras concentrações que não alcancem o alto valor de corte do critério de valor de transação norte-americano.

Ao utilizar o critério de valor de transação como principal critério para a notificação obrigatória, a jurisdição corre o risco de (i) colocar o valor de corte num valor muito baixo, alcançando muitas concentrações, ou (ii) colocar o valor de corte num valor muito alto, alcançando poucas concentrações. E, conforme Wollmann, os EUA apresentam o problema (ii), visto que os valores de corte são muito elevados (US\$ 90 milhões e US\$ 180 milhões para 2019).

Portanto, a fim de tornar o controle de concentração norte-americano mais eficiente, capturando um maior número de concentrações, Wollmann aconselha que haja uma revisão dos critérios propostos pelo *HSR Act* de 1976, levando em consideração o custo que um aumento de análises de concentração pode acarretar para as agências norte-americanas FTC e DOJ. “O processo de análise de concentração deve avançar rapidamente. A agência necessitará de um processo de revisão de concentração simples e eficiente para que as empresas possam avançar sem atrasos indevidos, e a agência não gaste mais recursos do que o necessário”³³¹.

5.1.2 LACUNA NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO COMUNITÁRIO

A discussão proposta neste trabalho (discussão sobre uma suposta ineficiência do critério de valor de faturamento e a necessidade da inclusão do critério de valor de operação no Direito Concorrencial brasileiro), conforme veremos, nasceu na União Europeia. Portanto, apesar do trabalho propor essa discussão para o controle de concentração brasileiro, a maior parte da literatura e do debate está em nível da UE e, esta discussão, ao menos até o momento, não apresenta um consenso.

330 “Mergers transfer trillions of dollars in ownership rights each year, and the vast majority fall below premerger reporting thresholds, which have been increasing worldwide for decades”. P. 78.

331 “*The merger review process must move rapidly. The agency will need a simple and efficient merger review process so that businesses can move forward without undue delay, and the agency does not expend more resources than necessary*”. CHICAGO BOOTH. **Report**. Chicago: George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. p. 91. (tradução nossa).

Recapitulando o controle de concentração comunitário, vimos que o principal critério de notificação presente no EUMR é o valor de faturamento das empresas (artigo 1º do EUMR).

Atualmente, a nível de UE, o critério de notificação de concentrações se baseia no faturamento das empresas. Por conseguinte, as concentrações que envolvem empresas com um baixo faturamento não são examinadas pela Comissão Europeia, mesmo quando o valor da operação é muito importante³³².

Dessa forma, visto que o critério utilizado é o valor de faturamento, empresas que não apresentam um alto valor de faturamento (como as startups digitais) não são abarcadas pelo controle de concentração comunitário. Contudo, esta afirmação não é totalmente verdadeira, pois, apesar de não existir um critério adicional de valor de operação como no Direito alemão e austríaco, conforme vimos, o EUMR apresenta hipóteses de remessa da análise do controle de concentração do nível da EU para os Estados Membros (*downward referral*) e dos Estados Membros para a União Europeia (*upward referral*) – conforme os artigos 4(4), 4(5) e 22 do EUMR. O relatório da UE comenta essas hipóteses para as concentrações digitais:

Considerando que as startups no mundo digital frequentemente se concentram na criação de uma grande base de usuários, para monetizar a inovação numa fase posterior, os critérios baseados no faturamento não parecem ser uma boa *proxy* do significado competitivo dessas transações. A aquisição de uma empresa alvo com uma ideia de negócio inovadora, milhões de usuários e grande potencial de negócios, mas sem bom modelo de negócios estabelecido e, portanto, um baixo faturamento, escapará da jurisdição europeia – a menos que a concentração seja encaminhada à Comissão Europeia sob o artigo 4(5) da EUMR a pedido das partes da concentração ou nos termos do artigo 22(1) da EUMR a pedido de um Estado Membro³³³.

Assim sendo, nos casos de concentração digital – e demais importantes concentrações envolvendo empresas de faturamento baixo – que o critério de valor de faturamento não conseguiu capturar, a Comissão analisou os casos a partir do sistema de remessa *upward* – Estado Membro delegando competência de análise da concentração para a Comissão.

Com o Facebook/WhatsApp em 2014, Apple/Shazam em 2018 e Microsoft/GitHub em 2018, houve pelo menos três casos de concentrações digitais/de dados que

³³² “Currently at the EU level, the merger notification threshold is based on the monetary turnover of the firms. Therefore, concentration involving firms with small monetary turnover is normally not screened by the European Commission even when the value of the transaction is very important”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. **Digital Conglomerates and EU Competition Policy**. Paris: CERRE, 2019. p. 31. (tradução nossa).

³³³ “Considering that start-ups in the digital realm frequently focus on building up a large user base first to monetize the innovation at a later stage, turnover-based thresholds do not appear to be a good proxy of the competitive significance of such transactions. The acquisition of a target with an innovative business idea, millions of users, and great business potential, but no established, well-functioning business model and therefore a small turnover, will escape European jurisdiction – unless the merger is referred to the European Commission under Article 4(5) EUMR at the request of the parties to the concentration¹⁹³ or under Article 22(1) EUMR at the request of a Member State” CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 113. (tradução nossa).

tomaram o caminho da remessa do nível nacional ao nível da UE, nos termos do artigo 4(5) ou 22 da EUMR na última década³³⁴.

Ou seja, apesar do controle de concentração da União Europeia utilizar o critério de faturamento como critério principal para a notificação e não apresentar um critério subsidiário de valor de operação, como a Alemanha e Áustria, a UE apresenta um critério subsidiário – o sistema de remessas. Consequentemente, esse sistema de remessas possibilita que, nos casos que preenchem os requisitos, a Comissão analise as concentrações mesmo que essas concentrações não sejam enquadradas no artigo 1º do EUMR. A partir desse cenário, discute-se se há, ou não, uma lacuna (tendo um número maior de opiniões afirmando que não há lacuna, pois o sistema de remessa consegue capturar os casos que o critério de faturamento não captura) e se, a partir disso, há uma preocupação sobre essa lacuna. Veremos, primeiramente, as opiniões afirmando que há sim um problema e, por conseguinte, devemos prestar maior atenção nesses casos para, após, vermos as opiniões contrárias dos que pensam que o sistema europeu consegue lidar com essas concentrações sem maiores transtornos.

Em relação ao entendimento de que a situação atual é preocupante, o relatório da UE, ao falar sobre o quadro europeu numa ótica geral, afirma que “o quadro europeu de controle de concentração pode ter dificuldades em capturar tais aquisições por inúmeras razões”³³⁵. Dessa forma:

Depender das remessas nacionais pode ser insatisfatório e insuficiente, uma vez que o número de jurisdições nacionais que fazem uso de critérios de notificação não baseados em faturamento é limitado e, portanto, que as remessas ao nível da EU não serão necessariamente previsíveis³³⁶.

Portanto, uma vez que o sistema de remessa funciona apenas pelo princípio do *one-stop-shop* e que são poucas jurisdições que utilizam critérios distintos do critério de valor de faturamento nos seus controles de concentração, nesses casos, nem a UE, nem as demais jurisdições europeias, serão capazes de capturar a concentração para sua análise, ocasionando a ineficácia do sistema de remessa e a não análise do ato de concentração. Desse modo, o argumento de que não é necessária a inclusão de um sistema de valor de operação no Direito

334 “With Facebook/WhatsApp in 2014, Apple/Shazam in 2018 and Microsoft/Github in 2018, there have been at least three digital/data cases that took the way of a referral from national to EU level either according to Article 4.5 or Article 22 EU Merger Regulation in the last decade”. SAUERMAN, Martin. **The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control**. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 7. (tradução nossa).

335 “[...] the European merger control framework may have difficulties in catching such acquisitions for a number of reasons”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 111. (tradução nossa).

336 “Relying on national referrals may be unsatisfactory and insufficient given that the number of national jurisdictions that make use of non-turnover-based thresholds is limited and therefore that referrals to the EU level will not necessarily be predictable”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 113.

Concorrencial comunitário, pois o sistema de remessa abrangeria os casos não capturados pelo critério de valor de faturamento só verdade se os Estados Membros incluírem o critério de valor de operação (ou outros critérios distintos do critério de valor de faturamento), visto que o sistema de remessa respeita o princípio do *one-stop-shop*.

Em 2016, a Comissão Europeia realizou uma consulta pública³³⁷ para todos aqueles envolvidos com o Direito Concorrencial comunitário, perguntando a opinião deles sobre a existência, ou não, de uma lacuna no controle de concentração. Como resultado, houve mais de 90 respostas. Apesar da maioria das opiniões negarem que haja uma lacuna no EUMR, houve opiniões afirmando a sua existência. Dentre aqueles que afirmaram haver uma lacuna, citaram o setor digital como principal setor dessa lacuna.

Uma minoria de ANC inquiridas considera que o EUMR sofre de uma lacuna de aplicação. Vários órgãos públicos que responderam, para além das ANC, identificaram uma lacuna na aplicação da legislação. O setor digital é citado mais frequentemente como um domínio em que o EUMR pode não abranger todas as transações transfronteiriças significativas em termos de concorrência. Algumas ANC referem igualmente os setores farmacêutico e biotecnológico, bem como as aquisições de portfólio de patentes³³⁸.

Nesta mesma consulta, a Comissão perguntou para aqueles que afirmaram existir uma lacuna, qual seria uma solução para ela e “a minoria das ANC e os vários órgãos públicos que responderam (existir uma lacuna) consideraram necessária à introdução de um critério jurisdicional complementar baseado no valor de transação”³³⁹. Dessa forma, uma vez que a introdução do critério de valor de operação na Alemanha ocorreu no ano de 2017, podemos entender que esta consulta, ao menos, amparou a decisão alemã.

Todavia, não são todos que entendem haver uma lacuna. Na verdade, segunda a consulta pública de 2016, a maioria entende que não há. O principal argumento destes que negam a existência de uma lacuna no controle de concentração comunitário é que o sistema de

³³⁷ “The European Commission has in fact included an investigation of this issue in its current ‘evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control’, in order to clarify whether purely turnover-based thresholds are sufficient to capture all relevant concentrations with a Community dimension”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 220.

³³⁸ “[...] minority of responding NCAs consider that the EUMR suffers from an enforcement gap. Several responding public bodies other than NCAs also identify an enforcement gap. The digital sector is cited most frequently as an area where the EUMR may fail to catch all competitively significant cross-border transactions. Some NCAs also point to the pharmaceutical and biotechnology sectors as well as patent portfolio acquisitions”. EUROPEAN COMMISSION. *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016.p. 4-5.

³³⁹ “[...] minority of responding NCAs and several responding public bodies see the need for the introduction of a complementary jurisdictional threshold based on the value of the transaction”. EUROPEAN COMMISSION. *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016.p. 5.

remessas é capaz de abranger os casos não capturados pelo artigo 1º do EUMR, por conseguinte, não haveria a necessidade de alteração do EUMR.

Por exemplo, o Competition Law Forum do BIICL (British Institute of International and Comparative Law), ao comentar sobre a existência de lacuna, concluiu que:

A CLF não está inteiramente convencida de que a Comissão tenha apresentado argumentos convincentes a favor de uma "lacuna de *enforcement*" no atual critério baseado no valor de faturamento. A CLF observa que a operação mais frequentemente citada, que se situa abaixo dos limiares previstos na EUMR, é a operação Facebook/Whatsapp. Apesar de ser inferior aos limiares EUMR, a operação acabou por ser analisada pela Comissão na sequência de um pedido de remessa. Por conseguinte, trata-se de um bom exemplo de bom funcionamento do procedimento de remessa, mais do que de um argumento a favor da alteração dos critérios do EUMR. Além disso, a Comissão autorizou incondicionalmente a operação Facebook/Whatsapp. Assim, a Comissão deveria dar alguns exemplos de casos anteriores, que se situavam abaixo dos limiares baseados no faturamento da EUMR, mas que deveriam ter sido proibidos ou sujeitos a medidas de correção (remédios). Seria igualmente adequado considerar se tal lacuna de *enforcement* poderia ser melhor reforçada garantindo que os procedimentos de remessa funcionem de forma eficiente. É igualmente adequado considerar se a análise de um maior número de concentrações através do alargamento do âmbito do EUMR seria uma boa utilização dos escassos recursos da Comissão³⁴⁰.

O relatório da UE, apesar de ter apresentado argumentos afirmando que é possível que o controle de concentração comunitário possa ter falhas com as concentrações digitais, também compreendeu que, até o momento, o sistema de remessa é capaz de capturar as falhas do critério de valor de faturamento. Todavia, os autores do relatório estressaram que “o funcionamento do sistema de remessa entre a Comissão e as autoridades dos Estados Membros deverá ser acompanhado de perto”³⁴¹ (demonstrando uma necessidade de fiscalização desse sistema a fim de saber se o sistema de remessa está, de fato, funcionando

³⁴⁰ “[...]the CLF is not entirely persuaded that the Commission has made a convincing case for an ‘enforcement gap’ in the current turnover-based thresholds test. The CLF notes that the most often recent cited transaction, which fell below the thresholds in the EUMR, is Facebook/Whatsapp. Despite being below the EUMR thresholds, the transaction ended up being reviewed by the Commission following a referral request. Thus, it is a good example of the referral procedure working well, rather than an argument in favour of changing the thresholds in the EUMR. Moreover, the Commission cleared the Facebook/Whatsapp transaction unconditionally. Thus, the Commission ought to provide some examples of previous cases, which fell below the EUMR turnover-based thresholds, but ought to have been prohibited or otherwise subject to remedies. It would also be appropriate to consider whether any such enforcement gap could be better addressed by ensuring that the referral procedures operate efficiently. It is also appropriate to consider whether looking at more mergers by extending the scope of the EUMR would be a good use of the Commission’s scarce resources”. BIICL. *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Londres: BIICL, 2017. p. 6-7. (tradução nossa). No mesmo sentido: “On that basis, it was also argued that the referral-system of the EU Merger regulation is working well and no additional complexity needs to be introduced by a new value-based threshold”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 324.

³⁴¹ “[...] the functioning of the referral system between the Commission and the Member States’ authorities should be closely monitored”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 124.

ou não) e concluíram ao dizer que “nós argumentamos que os limiares da EUMR não devem ser alterados no momento”³⁴².

Portanto, em relação a UE, não há um consenso sobre a existência ou não de uma lacuna no seu controle de concentração. O argumento dos favoráveis a existência diz respeito a uma possível ineficácia do sistema de remessa, uma vez que as jurisdições nacionais não apresentam critérios distintos do critério de valor de faturamento, seja critério de valor de operação, sejam outros critérios. Já aqueles que negam a existência da lacuna afirmam que o sistema de remessa funciona de forma eficiente ao abranger as concentrações não abarcadas pelo artigo 1º da EUMR. Todavia, há um reconhecimento de que o apenas o critério de valor de faturamento não é capaz de abarcar as concentrações digitais, o debate em nível europeu está sobre a necessidade, ou não, da implementação de um critério de valor de operação perante a existência do sistema de remessa.

5.1.3 LACUNA NAS DEMAIS JURISDIÇÕES EUROPEIAS

Neste subcapítulo, analisaremos como as demais jurisdições estão lidando com esse problema das concentrações digitais e a suposta ineficácia do critério de valor de faturamento, apresentando opiniões a respeito da preocupação, ou não, desse problema e demonstrando alguns critérios subsidiários que essas jurisdições utilizam para além do critério de valor de faturamento.

O primeiro controle de concentração que analisaremos é a britânica, regido pela seção 23 do Enterprise Act de 2002. No Reino Unido, existem “dois critérios jurisdicionais (para o controle de concentração): (i) o critério de faturamento e (ii) o critério “*share of supply*”³⁴³. O critério de faturamento britânico estipula que a notificação é obrigatória se a empresa que está sendo adquirida tiver um faturamento maior do que £ 70 milhões³⁴⁴. Já o critério do *share of supply* é exclusivo do Reino Unido. O “*Merger Assessment Guidelines*” explica, detalhadamente, o seu funcionamento:

Na seção 23, o critério “*share of supply*” é satisfeito se as empresas objeto da concentração: (i) fornecer ou adquirir bens ou serviços de uma determinada

342 “[...] *we argue that the thresholds of the EUMR should not be changed at the moment*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 112.

343 “[...] *two jurisdictional threshold tests: (i) the turnover test and (ii) the share of supply test*”. FURMAN, Jason. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 94

344 *Enterprise Act 2002, Section 23 Relevant Merger situations, (1)[...] (b) the value of the turnover in the United Kingdom of the enterprise being taken over exceeds £70 million.*

natureza; e (ii) após a concentração, fornecer ou adquirir, coletivamente, 25% ou mais desses bens e serviços, no Reino Unido como um todo ou numa parte substancial, desde que a concentração resulte num aumento dessa porcentagem. O aumento da porcentagem da oferta deve resultar no fato das empresas deixarem de ser distintas. No caso de uma aquisição, a porcentagem da oferta se baseia nas atividades das empresas adquirentes e adquiridas. Em situações de joint venture, a porcentagem de oferta é calculada por referência das atividades da joint venture, embora inclua as porcentagens das joint ventures “pais” onde elas continuam a exercer a mesma atividade que a nova joint venture. A lei permite expressamente que as autoridades tenham um amplo poder discricionário na descrição dos produtos e serviços relevantes, exigindo apenas que, em relação a essa descrição, que a porcentagem de oferta das partes no fornecimento ou aquisição dos bens for igual ou superior a 25%. A *share of supply* é diferente do *market share*, e os produtos e serviços no qual se aplica o critério do *share of supply* não precisa corresponder ao mercado definido na análise econômica. Além disso, as autoridades podem ter em conta qualquer descrição razoável de um conjunto de bens ou serviços para determinar se o critério do *share of supply* é preenchido – o valor, custo, preço, quantidade, capacidade, número de trabalhadores empregados ou qualquer outro critério pode ser utilizado para chegar no limiar de 25%³⁴⁵.

Ou seja, o critério do *share of supply* não leva em consideração apenas a quantidade de oferta das empresas, mas qualquer critério que a autoridade achar relevante (valor, custo, preço, quantidade, capacidade, número de trabalhadores, etc.). Por conseguinte, imaginando uma situação na qual a empresa A adquire a empresa B e a empresa B não apresenta um faturamento anual maior do que, todavia, a empresa A tem 20% do número total de funcionários daquele mercado e a empresa B tem 6% do número de funcionários, essa concentração deveria ser notificada, pois o critério do *share of supply* foi preenchido (podemos trocar a unidade de número de trabalhadores por qualquer outra unidade vista acima). Por conseguinte, “o critério *share of supply*, se caracteriza por um elevado grau de flexibilidade na prática”³⁴⁶.

O relatório da UE ressaltou que “as concentrações que escaparam do controle da Comissão, incluindo Facebook/Instagram e Google/Waze, foram, contudo, abrangida pelo

³⁴⁵ “Under section 23, the ‘share of supply test’ is satisfied if the merger enterprises: (i) supply or acquire goods or services of a particular description; and (ii) will after the merger collectively supply or acquire 25 per cent or more of those goods or services, in the UK as a whole or in a substantial part of it, provided that the merger results in an increment to that share. The increase in the share of supply must result from the enterprises ceasing to be distinct. In the case of an acquisition, the share of supply is based on the activities of the acquirer and the target company. In joint venture situations, the share of supply is calculated by reference to the activities of the joint venture, although it will include shares of the joint venture parents where they continue to undertake the same activities as the joint venture. The Act expressly allows the Authorities a wide discretion in describing the relevant goods or services, requiring only that, in relation to that description, the parties’ share of supply or acquisition is 25 per cent or more. The share of supply is different from a market share (paragraph 5.3.4), and goods and services to which the share of supply test is applied need not amount to the market defined for the economic analysis. In addition, the Authorities may have regard to any reasonable description of a set of goods or services to determine whether the share of supply test is met—the value, cost, price, quantity, capacity, number of workers employed or any other criterion may be used to determine whether the 25 per cent threshold is reached”. OFT. *Merger Assessment Guidelines*. Londres: Office of Fair Trading, 2010. p. 17.

³⁴⁶ “[...] share of supply test, which is characterised by a considerable degree of flexibility in practice”. Unlock. FURMAN, Jason. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 94.

controle de concentrações do Reino Unido pelo critério do teste de “*share of supply*” e, subsequentemente, analisadas pela OFT”³⁴⁷. A OFT (*Office of Fair Trading*) é a antiga agência que tinha competência de analisar as concentrações britânicas. Após a entrada em vigor da *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, a competência do controle de concentração britânico passou para a CMA (*Competition and Markets Authority*). Ressaltamos que o controle de concentração britânico apresenta outro aspecto distinto se comparado às outras jurisdições. “No Reino Unido, a CMA é responsável pelo controle de concentração sob os termos do *Enterprise Act* de 2002. A CMA é incomum entre as autoridades de concorrência por ter um regime de notificação voluntária e não obrigatória”³⁴⁸.

Em 2019, Jason Furman (organizador), a pedido do governo do Reino Unido, lançou um relatório sobre a relação da Economia Digital com as políticas públicas concorrenciais, denominado de *Unlocking Digital Competition: report of the digital competition expert panel*, e, no mesmo sentido que o apontamento feito pelo relatório da UE, explanou que:

A CMA se beneficiou da possibilidade de examinar qualquer fusão ou aquisição que resulte no fornecimento ou aquisição de pelo menos 25% de qualquer bem ou serviço no Reino Unido. Este critério do *share of supply* conferiu à CMA a flexibilidade e o alcance necessários para abordar as concentrações que podem não serem pegadas pelo critério tradicional de valor de faturamento, mas que, não obstante, podem ter um impacto significativo sobre a concorrência e a inovação³⁴⁹.

Dessa forma, o Reino Unido não apresenta grandes preocupações com as concentrações digitais, pois, conforme visto, as concentrações, que não foram capturadas pelo critério de valor de faturamento do Reino Unido, foram capturadas pelo critério *share of supply*. Todavia, esse critério apresenta um grau elevado de insegurança jurídica, uma vez que a CMA pode utilizar qualquer unidade a fim de achar uma concentração maior ou igual a 25% - insegurança jurídica agravada devido ao fato da notificação ser voluntária. No final, o critério apresenta certo grau de similaridade com o critério do § 7º do artigo 88 da Lei

347 “*Mergers that have escaped the Commission’s scrutiny include Facebook/Instagram and Google/Waze. Both were, however, caught by UK merger control under a “share of supply test” and subsequently scrutinized by the OFT*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 115.

348 “*In the UK, the CMA has responsibility for merger control under the Enterprise Act 2002. The CMA is unusual among competition authorities in having a voluntary rather than mandatory notification regime*”. FURMAN, Jason. **Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel**. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 96.

349 “[...] *the Competition and Markets Authority has benefited from having the ability to examine any merger or acquisition resulting in the supply or purchase of at least 25% of any good or service in the UK (see Chapter 3). This share of supply test has given the CMA the flexibility and reach to address mergers which may not trigger traditional turnover thresholds, but may nonetheless have a significant impact on competition and innovation*”. FURMAN, Jason. **Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel**. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 120.

12.529/11, visto que a autoridade britânica pode utilizar desafiar quase todas as concentrações ao utilizar os mais variados tipos de unidades – podendo-se entender como quase um critério absoluto como o § 7º.

A CMA publicou um parecer respondendo o relatório britânico. Dentre uma de suas respostas, ela afirmou que “nós reconhecemos que há desafios na consideração de concentrações em mercados digitais”³⁵⁰. Contudo, “a Autoridade da Concorrência e dos Mercados no Reino Unido, a CMA, salientou que o quadro legislativo existente continua a ser adequado para tratar das concentrações nos mercados digitais”³⁵¹. Ou seja, no Reino Unido, as concentrações que não são capturadas pelo critério de faturamento, normalmente, são desafiadas pelo critério do *share of supply*. Portanto, não se entende as concentrações digitais como sendo uma preocupação antitruste.

Contudo, apesar desse entendimento britânico de não preocupação, o relatório britânico do Jason Furman comentou que as análises que a CMA faz nos casos de concentrações digitais são preocupantes e necessitam ser modificadas (problema do ferramental teórico).

A avaliação de concentrações nos mercados digitais precisa ser redefinida. A CMA deve adotar ações mais frequentes e firmes para contestar concentrações que possam prejudicar o bem-estar do consumidor, reduzindo os níveis futuros de inovação e concorrência, apoiados por mudanças na legislação – quando necessário³⁵².

Continuando a análise de lacuna nas jurisdições, o relatório da UE aponta a Espanha como outra jurisdição especial. Segundo o relatório:

Ambas concentrações (Facebook/WatsApp e Apple/Shazam) foram pegas, *inter alia*, pelo controle de concentração espanhol: de acordo com a lei espanhola, uma concentração deve ser notificado sempre que o teste sobre faturamento relevante for preenchido ou quando a concentração resultar no aumento de *market share* de valor

350 “We acknowledge that there are challenges in considering mergers in digital markets”. CMA. **Digital competition expert panel recommendations: CMA views**. Londres: Competition & Markets Authority, 2019. p. 4.

351 “UK’s Competition and Markets Authority CMA pointed out that the existing legislative framework is still appropriate to deal with mergers in digital markets”. SAUERMAN, Martin. **The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control**. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 7. (tradução nossa). No mesmo sentido: “We have therefore not identified any fundamental changes to the existing legislative regime that we believe would support us in our work in this sector at this stage”. CMA. **Digital competition expert panel recommendations: CMA views**. Londres: Competition & Markets Authority, 2019. p. 5. “[...] we believe that addressing these challenges does not require fundamental changes to the existing legislative regime at this stage”. CMA. **Digital competition expert panel recommendations: CMA views**. Londres: Competition & Markets Authority, 2019. p. 4.

352 “Merger assessment in digital markets needs a reset. The CMA should take more frequent and firmer action to challenge mergers that could be detrimental to consumer welfare through reducing future levels of innovation and competition, supported by changes to legislation where necessary”. FURMAN, Jason. **Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel**. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 93.

igual ou superior a 30% do mercado do produto relevante no território nacional ou no território de um mercado geográfico definido³⁵³.

A Espanha, assim como o Reino Unido, apresenta dois critérios de notificação: (i) o valor de faturamento e (ii) *market share*. Todavia, diferentemente do Reino Unido, o segundo critério não é o *share of supply*, mas sim de *market share*. O artigo 8 (1)(a) da, Ley 15/2017, de 3 de julho, de *Defensa de la Competencia*, diz que: “como consequência da concentração se adquire ou se aumenta uma quota igual ou superior a 30% do mercado de relevante do produto ou serviço em âmbito nacional ou num mercado geográfico definido no mesmo”³⁵⁴.

O *market share* é entendido como uma *proxy* de poder de mercado é calculado a partir da porcentagem de receita de uma empresa perante a receita total do mercado relevante. Dessa forma, se a empresa A tem uma receita de R\$ 300 milhões de reais por ano e o mercado relevante apresenta uma receita de R\$ 1 bilhão, o seu *market share* é de 30%³⁵⁵. Dessa forma, a Espanha utiliza o critério de *market share* como critério subsidiário ao critério de valor de faturamento, não apresentando uma lacuna, uma vez que as concentrações digitais, normalmente, são capturadas pelo critério do *market share*.

Já em relação à França, em outubro de 2017, ela abriu uma consulta pública³⁵⁶, nos mesmos moldes da consulta pública realizada pela UE, perguntando sobre a necessidade de modernização e simplificação do controle de concentração francês. Em junho, a *Autorité de la Concurrence* apresentou os resultados da consulta, declarando que a introdução de um critério de valor de operação no controle de concentração francês estava descartado, mas estava estudando a possibilidade da introdução de uma nova hipótese de controle de concentração *ex-post*.

A França, por outro lado optou contra a introdução de um limiar de notificação baseado no valor da operação, mas está a considerar um requisito de notificação *ex post* para um número limitado de operações que podem suscitar preocupações de concorrência³⁵⁷.

353 “Both mergers were caught, inter alia, by Spanish merger control: according to Spanish law, a merger must be notified whenever either the relevant turnover test is met or when the concentration results in or increases a market share equal to or greater than 30 % in the relevant product market within the national territory or a defined geographical market therein”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 115. (tradução nossa).

354 “Artículo 8, 1 [...], a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”. Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12946-consolidado.pdf> >. Acesso em: 30 nov. 2019.

355 $\frac{R\$ 300 \text{ milhões}}{R\$ 1 \text{ bilhão}} = 30\%$.

356 Disponível em: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/7-juin-2018-modernisation-et-simplification-du-contrôle-des-concentrations>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

357 “France, on the other hand, has opted against the introduction of a transaction value-based notification threshold, but is considering an ex post notification requirement for a limited number of transactions that may

Dessa forma, podemos concluir que a França não entende as concentrações digitais como um problema, contentando-se, unicamente, com o critério de valor de faturamento.

Os últimos países a serem examinados serão a Alemanha e a Áustria. Como visto, em 2017, a Alemanha introduziu o valor de operação no § 35 (1a) – obrigando a notificação das concentrações que não preencherem os valores do critério de faturamento, mas que apresentarem valores de operação maiores do que € 400 milhões.

O objetivo das novas disposições sobre critérios de valor de transação, que forma introduzidas na área de controle de concentração com a 9ª emenda à Lei de Concorrência alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) e com a emenda de 2017 à Lei Austríaca de Cartel e Concorrência (*Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz, KaWeRÄG*), é adaptar o direito da concorrência às mudanças estruturais desencadeadas por desenvolvimento técnicos e concorrência internacional³⁵⁸.

Esses dois países, entendendo haver uma lacuna no controle de concentração de seus países, adicionaram o critério de valor de operação, subsidiariamente ao critério de valor de faturamento, a fim de capturar e obrigar a notificação de concentrações digitais, e demais concentrações, que não seriam capturadas pelo critério de valor de faturamento. Ou seja, diferentemente da França, a Alemanha e a Áustria reconheceram a existência da lacuna das concentrações digitais, incluindo esse critério de valor de operação.

Em outubro de 2019, Martin Sauermann, economista da autoridade concorrencial alemã FCO, publicou, através da Competition Policy International (CPI), um artigo denominado “*The Transaction Value Threshold in Germany – experiences with the new size of transaction test in merger control*”, analisando os resultados das experiências na Alemanha e na Áustria da implementação do novo critério de valor da operação.

Na Alemanha, ele comentou que “o Bundeskartellamt (FCO) recebeu oito notificações em 2017 e 10 em 2018, como resultado do novo critério. [...] Essa é uma pequena porcentagem do número geral de notificações do Bundeskartellamt, que totalizou 2.686 em 2017/2018”³⁵⁹. Ou seja, para os anos de 2017 e 2018 na Alemanha, as concentrações

raise competition concerns”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 115.

358 “*The aim of the new provisions on transaction value thresholds, which were introduced in the area of merger control with the 9th amendment to the German Competition Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) and by the Austrian Cartel and Competition Law Amendment Act 2017 (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz, KaWeRÄG), is to adapt competition law to the structural change triggered by technical developments and international competition*”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 1.

359 “*The Bundeskartellamt received eight notifications in 2017 and 10 notifications in 2018 as a result of the new threshold. [...] This is a small percentage of the Bundeskartellamt’s overall number of notifications, which totaled 2,686 in 2017/2018*”. SAUERMAN, Martin. *The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control*. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 4.

notificadas através do critério de valor da operação foram apenas de 0,67%. Em relação às análises desses casos, “em sete desses casos, a análise da autoridade chegou à conclusão de que os requisitos de notificação não foram cumpridos e, nesses casos, a notificação foi retirada. Nos onze casos restantes, a autoridade chegou a uma decisão de aprovação dentro de sua primeira fase de investigação”³⁶⁰. Visto que 7 casos foram notificados erroneamente, o critério de valor de operação na Alemanha, para os anos de 2017 e 2018, obrigou a notificação de apenas 11 casos.

Já em relação à Áustria, o resultado pareceu ser análogo.

A experiência na Áustria provou ser semelhante. O *Bundeswettbewerbsbehörde* contabilizou 17 casos que foram notificados devido ao novo critério do tamanho da transação em 2018. Para colocar em perspectiva, vale ressaltar que a autoridade austríaca relatou 481 notificações de concentrações devido ao seu critério tradicional baseado em faturamento e seus novos critérios no mesmo período de tempo³⁶¹.

Se comparado com a Alemanha, a Áustria apresentou uma porcentagem maior de casos notificados pelo critério de valor de operação – 3,53%. Todavia, esse resultado era de ser esperado, pois, como visto, enquanto o valor do critério de operação alemã é de € 400 milhões, o valor do critério austríaco é de € 200 milhões. Porém, apesar da porcentagem ser austríaca ser maior, o número absoluto de casos analisados (17) é extremamente baixo.

Dessa forma, o artigo conclui o êxito na implementação dos critérios de operação na Alemanha e na Áustria. “Verifica-se que o novo teste atingiu o seu objetivo. [...] isso não deve ser uma surpresa, já que o critério de valor de transação sempre foi sobre fechar uma lacuna”³⁶². Uma vez que o objetivo do critério de operação sempre foi de apresentar um caráter subsidiário ao critério de valor de faturamento, os baixos números demonstrados na Alemanha e na Áustria comprovaram a sua eficiência.

360 “In seven of these cases the authority’s analysis came to the conclusion that the notification requirements were not fulfilled, and in these cases the notification was withdrawn. In the remaining eleven cases the authority reached a clearance decision within its first phase investigation”. SAUERMAN, Martin. *The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control*. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 4.

361 “The experience in Austria proved to be similar. Here the Bundeswettbewerbsbehörde counted 17 cases that were filed due to the new size of transaction test in 2018. To put this into perspective, it is worth pointing out that the Austrian authority reports 481 merger notifications due to its traditional turnover based test and its new thresholds for the same period of time”. SAUERMAN, Martin. *The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control*. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 4.

362 “It turns out that the new test reached its aim. [...] this should not come as a surprise since the transaction value threshold was always about closing a gap”. SAUERMAN, Martin. *The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control*. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 7.

Ademais, “o relatório do FCO revelou ainda que os casos de valor de transação diziam a respeito, principalmente, das indústrias farmacêutica, química e de TI”³⁶³. Esse resultado comprova ainda mais o êxito do critério de valor de operação ao confirmar que os casos capturados por este critério foram concentrações digitais, farmacêuticas e químicas. Concentrações que, conforme exposto ao longo do trabalho, apresentam a tendência de não serem pegas pelo critério de valor de faturamento devido ao baixo faturamento das empresas iniciantes desses setores.

Após a análise de diferentes jurisdições europeias, concluímos que, de fato, não há um consenso sobre a existência da lacuna no controle de concentração em relação, principalmente, as concentrações digitais. Neste subcapítulo, apresentamos as opiniões e algumas soluções adotadas pelas jurisdições, como o critério do *share of supply*, *market share* e valor de operação. No próximo subcapítulo, examinaremos mais a fundo os aspectos positivos e negativos dessas soluções alternativas e subsidiárias ao critério de valor de faturamento.

5.2 SOLUÇÕES E CRITÉRIOS SUBSIDIÁRIOS AO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO

Depois do estudo de opiniões sobre a existência, ou não, de uma lacuna no controle de concentração norte-americano, comunitário e de demais jurisdições, neste subcapítulo, analisaremos possíveis soluções para esta eventual lacuna – realçando prováveis critérios compatíveis com o Direito Concorrencial brasileiro. Dessa forma, partiremos de duas hipóteses. A primeira hipótese é que imaginaremos que o principal critério do controle de concentração utilizado por determinado país seja o critério de valor de faturamento. Desse modo, excluimos, por exemplo, os Estados Unidos, visto que o controle de concentração brasileiro segue os moldes dos controles de concentração europeus, isto é, apresentam o critério de valor de faturamento como critério principal. A segunda hipótese é o entendimento de que há uma lacuna no controle de concentração, lacuna esta envolvendo, principalmente, concentrações digitais, e que este problema é preocupante, demandando uma solução. Utilizaremos desta segunda hipótese, pois, se entendermos que não há uma lacuna e que este problema não é preocupante, não haverá a necessidade de analisar os critérios subsidiários ao

363 “[...] the Bundeskartellamt’s report further revealed that the transaction value cases particularly concerned the pharmaceutical, chemical and IT industries”. SAUERMAN, Martin. *The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control*. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 4.

valor de faturamento, posição adotada pela França, por exemplo. Ainda que se negue a existência da lacuna, como visto no capítulo da Economia Digital, o controle de concentração, e o antitruste como todo, está sofrendo profundas alterações devido a esses novos mercados digitais, necessitando de estudos para melhorar nossa compreensão sobre essas mudanças. Porém, para este subcapítulo, procederemos do entendimento da ineficiência do critério de valor de faturamento aos casos de concentrações digitais a fim de aprofundarmos nos critérios subsidiários ao valor de faturamento como solução para a captura de casos digitais.

5.2.1 ALTERAÇÃO NO VALOR CORTE DO VALOR DE FATURAMENTO

A primeira hipótese de solução referida pela doutrina não seria a introdução de um critério subsidiário, mas uma alteração no valor corte do critério de valor de faturamento. Como visto, as concentrações digitais não são capturadas pelo critério de valor de faturamento, pois, nos estágios iniciais do seu desenvolvimento, essas empresas não apresentam um valor de faturamento capaz de alcançar o valor de corte do critério, por conseguinte, uma solução seria diminuir o valor corte para um valor mediano que tornasse possível a captura dessas concentrações. Contudo, essa hipótese, apesar de aparentar ser uma solução, seria um ato totalmente ineficiente.

Primeiramente, como visto na análise sobre lacunas no Direito norte-americano, “existe uma linha ténue entre a introdução de um critério de valor de transação que é demasiadamente baixo e capta demasiadas transações e um que é demasiado elevado e não capta o suficiente”³⁶⁴. Apesar da análise ter sido feita para o Direito norte-americano, que utiliza com critério principal o valor de transação, a essência da análise pode ser transportada para países que utilizam como critério principal o valor de faturamento. Se estipularmos valores de faturamento elevados, poucas empresas serão capazes de atingir esses valores, ocasionando um número baixo de casos examinados pelo controle de concentração. Invertendo a lógica, se estipularmos valores de faturamento baixo, muitos serão os casos de concentração digital.

Sabendo que o problema da lacuna do controle de concentração é um problema específico, visto que são poucas concentrações que escapam do critério de valor de faturamento (mercados digitais, farmacêuticos, biotecnológicos, químicos, etc.), a diminuição

364 “[...] *there is a fine line between introducing a transaction value threshold which is too low and captures too many transactions and one which is too high and does not capture enough*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER, Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 114.

do valor corte seria um ato ineficiente, uma vez que aumentaria a obrigação da notificação de todas outras concentrações “não digitais” (se diminuirmos o valor corte, prejudicamos o princípio da seletividade do controle de concentração, obrigando, numa situação extrema, a notificação da concentração dos mercadinhos do interior do Rio Grande do Sul). Ou seja, a fim de resolver um problema específico, alterar-se-ia uma regra que impacta toda a economia.

A solução para a lacuna precisa ponderar “a necessidade de minimizar os encargos administrativos e os custos de transação decorrentes de um alargamento da jurisdição”³⁶⁵ com a eficiência na solução do problema específico. Portanto, apesar da diminuição do valor corte do critério de valor de faturamento ser, ao menos hipoteticamente, capaz de capturar as concentrações digitais, resultaria num grande aumento de notificações à autoridade concorrencial. Dessa forma, concluímos pela ineficiência dessa hipótese, uma vez que, para resolver um problema específico, necessita-se de uma solução específica – e a alteração no valor corte é uma “solução geral”. Assim sendo, no próximo subcapítulo, analisaremos soluções a partir da implementação de critérios subsidiários ao critério de valor de faturamento.

5.2.2 ANÁLISE DE CRITÉRIOS SUBSIDIÁRIOS AO CRITÉRIO DE VALOR DE FATURAMENTO

Neste subcapítulo, analisaremos cinco critérios subsidiários ao critério de valor de faturamento com o intuito de capturar concentrações que não são pegas pelo critério de valor de faturamento. Deixamos a análise do critério de valor de operação para o próximo subcapítulo em razão da sua especificidade e por ser o principal critério apontado pela literatura como o melhor critério subsidiário ao valor de faturamento. No fim deste subcapítulo, concluímos pela aprovação de apenas um critério.

Um primeiro critério subsidiário ao critério de valor de faturamento, comentado no relatório da UE, seria a disposição de uma regra específica para determinados mercados, ocasionando a obrigação de notificações de atos de concentração desses mercados específicos. Visto que conhecemos os mercados nos quais as concentrações não são analisadas pelas autoridades concorrenciais (mercado digital, farmacêutico, etc.), poder-se-ia imaginar, junto com a regra geral, a existência de uma regra específica para os mercados digitais, por

365 “[...] *the need for minimizing the administrative burden and transaction costs brought about by an extension of jurisdiction [...]*”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 114.

exemplo. Contudo, conforme o comentário do relatório da UE, o principal problema dessa regra seria a definição jurídica adotada na regra específica.

Um novo critério poderia ser limitado a transações com características específicas, por exemplo, a aquisição por empresas dominantes em mercados caracterizados por fortes efeitos de rede. No entanto, a definição de tal critério jurisdicional de forma a satisfazer os requisitos de segurança jurídica constitui, no mínimo, um desafio ³⁶⁶.

Adaptando para a realidade brasileira, poderíamos pensar na estipulação de uma regra específica para mercados digitais através da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), uma vez que todas as pessoas jurídicas necessitam, no momento da sua inscrição, enquadrar-se numa de suas classificações, conforme o exercício da sua atividade econômica. Dessa forma, através dos códigos da CNAE, poder-se-ia escolher quais atividades econômicas estariam englobadas na regra específica, determinando, por exemplo, uma redução no critério de valor de faturamento específico para esses casos.

Os Estados Unidos apresentam regras específicas de concentração para alguns casos e setores, como as reservas de carvão mineral, empresas do sistema financeiro, aquisições de imóveis, etc.³⁶⁷. Essas regras específicas, normalmente, são estipuladas junto às leis das agências reguladoras. Por exemplo, as concentrações dos setores bancário, energético, agrícola, de comunicação e transporte, nos EUA, são reguladas e analisadas conforme disposições das leis de cada agência reguladora, ou seja, as exceções são previstas em outras leis. Essas exceções também existem no Brasil. Após anos de discussão, no final de 2018, o CADE e BACEN aprovaram um ato normativo em conjunto, estipulando a necessidade de notificação de atos de concentração de instituições financeiras nas duas instituições³⁶⁸. Dessa forma, no Brasil, atualmente, os atos de concentrações de bancos, por exemplo, necessitam ser aprovados tanto no CADE quanto no BACEN. Portanto, já há a existência de regras específicas no controle de concentração brasileiro, tornando plausível a implementação de outra regra específica, diferentemente da regra de análise de atos de concentração de instituições financeiras, para os mercados digitais, farmacêuticos e demais mercados que o legislador entender como necessário. Contudo, a definição de tal critério específico continua sendo o principal obstáculo.

366 “[...] a new threshold could be limited to transactions with specific characteristics, for example to acquisitions by dominant firms in markets characterized by Strong network effects. However, defining such a jurisdictional threshold in a way that meets the requirements for legal certainty is, at the very least, a challenging task”. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. p. 114.

³⁶⁷ United States P. 1480.

³⁶⁸ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-banco-central-aprovam-ato-normativo-conjunto>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

Um segundo critério foi apresentado na conclusão da consulta pública realizada pela UE em 2016. Uma hipótese subsidiária ao critério de valor de faturamento seria “acrescentar uma obrigação de notificação com base no número de consumidores diretamente afetados pela concentração”³⁶⁹. Apesar de parecer uma boa ideia, essa hipótese seria de difícil implementação. Inicialmente, dever-se-ia realizar uma definição de consumidor relacionado com o produto, pois não podemos afirmar, por exemplo, que uma pessoa que toma uma latinha de Coca-Cola por ano seja uma consumidora de refrigerante de cola. Uma concentração entre a Coca-Cola e Pepsi afetaria esse “consumidor” de uma latinha por ano? Ademais da problemática dessa definição, grandes empresas, dificilmente, têm o número exato de consumidores dos seus produtos. Ainda que a Coca-Cola tenha uma estimativa de quantos consumidores ela tem, é quase impossível saber o número exato, demandando, talvez, uma pesquisa com elevadíssimo custo para se obter tal resultado. E, por fim, se o critério fosse uma porcentagem de consumidores afetados por essa concentração, necessitar-se-ia do número de consumidores das outras empresas do mercado relevante, criando uma obrigação para as outras empresas prover esse número a fim de que a porcentagem seja conhecida. Portanto, demonstrada as diversas razões da dificuldade de implementação dessa regra, ainda que a regra apresente um bom critério de avaliação (número ou porcentagem de consumidores afetados), concluímos pela não implementação dessa regra como critério subsidiário do critério de valor de faturamento.

O terceiro critério a ser analisado é a introdução de uma regra de *market share*, nos mesmos moldes da regra espanhola visto no subcapítulo anterior. Em relação a utilização dessa metodologia, a Lei 8.884/94 brasileira (nossa antiga Lei concorrencial), no seu § 3º do art. 54, também apresentava o critério de *market share* para a notificação obrigatória (contudo, ao invés de 30%, como a regra espanhola, era de 20% do mercado relevante). A doutrina brasileira chegou à conclusão que utilizar *market share* como critério de notificação é altamente controverso e inseguro juridicamente, uma vez que o *market share* parte da análise de mercado relevante e, na maioria dos atos de concentração, não se tem consenso sobre a definição de mercado relevante. Por exemplo, se a Coca-Cola quiser adquirir uma empresa que venda apenas refrigerante de Guaraná, podemos realizar a discussão se o mercado relevante desta operação é apenas o mercado de guaraná, ou o mercado de refrigerante (incluindo guaraná, cola, laranja, uva, etc.), ou o mercado de bebidas não

369 “[...] adding a notification requirement based on the number of consumers which are directly impacted by the merger”. EUROPEAN COMMISSION. *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016.p. 5.

alcoólicas (incluindo suco, água, etc.) ou o mercado de bebidas (incluindo bebidas alcoólicas). Dessa forma, o *market share* da operação mudará radicalmente dependendo da definição de mercado relevante utilizada. Devida a essa insegurança jurídica, a Lei 12.529/11 adotou apenas o critério de valor de faturamento como requisito para a notificação obrigatória de um ato de concentração. Concluímos que o critério de notificação através do cálculo *market share*, com o propósito de capturar concentrações que escapam a análise das autoridades concorrenciais, não deve ser adotado em razão da sua insegurança jurídica devido às dúvidas e dificuldades no momento de definição de mercado relevante.

O quarto critério, um critério mais geral, seria o *share of supply* do sistema britânico. Como visto, esse critério se destoa dos outros critérios por não ter uma prévia definição sobre qual é a sua unidade de medida, podendo utilizar como unidade de medida o valor do produto das empresas, o custo de produção, o preço, a quantidade vendida, a capacidade de sua indústria, o número de trabalhadores ou qualquer outra medida definida pela autoridade concorrential. Dessa forma, se qualquer dessa unidade alcançar o percentual estabelecido pelo critério – no caso do Reino Unido, o percentual é de 25% ou mais-, dever-se-ia notificar a concentração para a autoridade competente. O principal argumento contrário a esse critério é a sua insegurança jurídica para as empresas, uma vez que elas não sabem quais são as unidades de medida que a autoridade concorrential pode utilizar. Dessa forma, se as empresas envolvidas numa concentração não quiserem tem problemas concorrenciais, ou elas deveriam calcular todas as possíveis unidades utilizadas pela autoridade concorrential a fim de confirmar que não deverão notificar, ou submete a notificação para a autoridade concorrential mesmo não sabendo se ela ultrapassou a porcentagem estabelecida em alguma unidade de medida. No final, a autoridade apresenta um alto poder discricionário devido a insegurança jurídica que o critério apresenta. Mesmo assim, em relação ao Reino Unido, o relatório do professor Jason Furman identifica que:

O Painel considera que é importante que a CMA tenha o poder de convocar concentrações digitais não horizontais, caso determine que elas possam ser anticoncorrenciais. Se surgirem dificuldades na aplicação do *share of supply test* para tais concentrações no futuro, apesar de sua aparente flexibilidade, o Painel esperaria que a CMA alertasse o governo sobre o problema e o governo respondesse com urgência. Nesse caso, pode ser apropriado que o governo introduza um critério de valor de transação juntamente com o critério³⁷⁰.

370 “The Panel considers that it is important that the CMA has the discretion to call in non-horizontal digital mergers, should it determine that they may be anticompetitive. If difficulties arise in applying the share of supply test to such mergers in future, despite its apparent flexibility, the Panel would expect the CMA to alert government of the issue, and government to respond with urgency. Should this be the case, it may be appropriate for government to introduce a transaction value threshold alongside the existing turnover and share of supply

Ou seja, os pesquisadores mais familiarizados com esse critério não têm a certeza de que ele é capaz de capturar as concentrações digitais que escapam do critério de valor de faturamento – o cálculo de um percentual, seja no critério do *share of supply*, seja no critério do *market share*, não se apresenta como uma solução específica para resolver essa particular situação. Portanto, concluímos que, assim como o critério do *market share*, o critério do *share of supply* não seria a melhor solução para capturar concentrações digitais, em razão da sua forte insegurança jurídica e o seu não propósito de solução desse específico problema.

Por último, não podemos deixar de mencionar, como critério subsidiário ao critério de valor de faturamento, o critério absoluto presente no § 7º do art. 88 da Lei 12.529/11. Segundo esse critério, a autoridade concorrencial tem um prazo, que no Direito Concorrencial brasileiro é de um ano após a data da consumação da concentração, para requisitar a notificação da concentração. Neste caso, a notificação é *ex-post*, uma vez que ela sempre será após a efetivação da concentração – na antiga Lei concorrencial brasileira, toda notificação era *ex-post*. Como visto, a França, segundo o comunicado feito pela *Autorité de la Concurrence*, descartou a proposta de inclusão do critério de valor de operação, mas está estudando a introdução de um critério *ex-post* nos moldes da regra brasileira. O principal argumento contrário a esse critério é que, diferentemente do controle de conduta, no qual as autoridades concorrenciais apresentam um papel ativo de investigação, no controle de concentração, as autoridades concorrenciais apresentam um papel passivo, esperando sempre a notificação dos atos de concentração para que elas comecem a sua investigação. Dessa forma, entendendo o papel das autoridades concorrenciais no controle de concentração como um papel passivo, o critério absoluto de notificação *ex-post* não se adapta a esta lógica. Prova disso é a ineficiência do § 7º do art. 88 que, conforme visto no capítulo de notificação do Direito Concorrencial brasileiro, foi utilizado pelo CADE apenas 2 vezes em 7 anos de vigência da lei – representando uma porcentagem de 0,07% da lei. É possível que este critério seja mais eficiente em outras jurisdições, todavia, isto não modifica o fato de que o controle de conduta, em todas as jurisdições analisadas, foi desenhado para ter um papel passivo, sempre esperando a notificação dos casos a fim de começar as suas análises.

Portanto, neste subcapítulo, analisamos cinco critérios subsidiários ao critério de valor de faturamento. Concluímos pela alta dificuldade, ou quase impossibilidade, do critério de afetação do número de consumidores, pela insegurança jurídica e a não eficiência na resolução do problema da não captura de concentrações digitais dos critérios de *market share*

thresholds for jurisdiction". FURMAN, Jason. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: Government of United Kingdom, 2019. p. 94-95.

e *share of supply*, pela não adaptação do critério absoluto de notificação *ex-post* devido ao fato do controle de concentração ter um papel passivo e não ativo, como o controle de conduta, e pela possibilidade de implementação do critério de regras específicas. Ou seja, de todos os critérios examinados, o critério de regra específica para os mercados digitais, farmacêuticos e biotecnológicos parece ser o mais adequado a fim de capturar essas concentrações de empresas com baixo valor de faturamento. Todavia, o critério da regra específica apresenta a dificuldade de delimitação jurídica e, se aprofundarmos a sua análise, necessita de uma unidade de medida para preencher o seu critério. Ou seja, além de estipular que determinados mercados não seguem a regra geral de notificação, mas sim a regra específica, necessita-se também estabelecer um critério adicional junto com ele como unidade de medida (seja o valor de faturamento, valor da operação, *market share*, etc.). Dessa forma, a fim de que o critério da regra específica possa ser uma boa solução para a lacuna no controle de concentração atual, há a necessidade de um ótimo desenho normativo, ao contrário dificilmente ele será capaz de capturar as concentrações não abarcadas pelo critério geral do valor de faturamento. No próximo subcapítulo, estudaremos o critério mais citado pela doutrina como solução para a lacuna no controle de concentração: critério do valor da operação.

5.2.3 ANÁLISE DO CRITÉRIO DO VALOR DA OPERAÇÃO

Conforme visto no subcapítulo do Direito Concorrencial alemão e austríaco, o valor de operação é desenhado como um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento e leva em consideração, conforme o seu nome, o valor da operação da concentração, e não o faturamento das empresas. O problema atual no controle de concentração é que as empresas digitais, nos seus anos iniciais de vida, não realizam um alto faturamento, por conseguinte, ocorrendo uma concentração com essas empresas, não acontece a análise dessas concentrações, uma vez que elas não são capturadas pelo critério de valor de faturamento. Apesar de não acontecer a notificação, os valores dessas concentrações são altíssimos, por conseguinte, poder-se-ia capturar tais concentrações se incluíssem na legislação o critério de valor da operação.

A Alemanha e Áustria, como visto, implementaram tal critério subsidiário e tiveram êxito ao capturar concentrações digitais e farmacêuticas que não seriam capturadas se elas não tivessem incluído tal regra nos seus controles de concentração. Contudo, esta regra também não é perfeita. Desse modo, examinaremos, primeiramente, as opiniões negativas e contrárias

a sua implementação e, após, as opiniões positivas e favoráveis a sua implementação, principalmente quando comparada com a implementação de outras regras subsidiárias, conforme as vistas no último subcapítulo. No fim, veremos que, de fato, essa seria a melhor regra para uma possível implementação no controle de concentração brasileiro.

As opiniões contrárias à adoção do critério de valor de operação relatam que os dois principais problemas do critério são o “cálculo do valor da operação e estabelecimento de operações locais”³⁷¹ (ou o nexu territorial).

Em relação à dificuldade do cálculo do valor da operação, o relatório da conclusão final da consulta pública de 2016 da União Europeia argumenta que:

O valor de uma operação é difícil de determinar em muitas ocasiões. Os inquiridos apontam, por exemplo, para disposições contratuais *earn-out* ou pagamentos parciais condicionais, flutuação dos preços das ações entre, por exemplo, o anúncio de uma transação e a sua conclusão e flutuação da taxa de câmbio que podem alterar significativamente o valor da transação³⁷².

A resposta do Competition Law Forum da BIICL, no mesmo sentido, também relata sobre o problema da “definição de valor, por exemplo, como avaliar fundo de comércio?”³⁷³. Isto é, muitas operações de M&A não apresentam um valor exato no momento do seu fechamento, tendo valores condicionados ao câmbio, ao preço de determinados ativos, a cláusulas de sucesso comercial, entre outros fatores capazes de dificultar o cálculo final do valor da operação. Consequentemente, as autoridades concorrenciais tem o dever de apresentar a definição exata do guarda-chuva do conceito de valor de operação, tal conceito devendo ser esmiuçado e bem delineado, com o intuito de minimizar problemas de insegurança jurídica para os agentes econômicos.

Já o segundo problema destacado é o estabelecimento de um nexu territorial das concentrações. “Um teste jurisdicional baseado no valor de operação não garante um nexu

371 “[...] *calculation of the transaction value and the establishment of local operations*”. SAUERMAN, Martin. **The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control**. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 3. (tradução nossa). No mesmo sentido: “[...] *the value itself and the territorial nexus*”. HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 324. (tradução nossa).

372 “*The value of a transaction is difficult to determine in many constellations. Respondents point for instance to contractual earn-out provisions or conditional milestone payments, fluctuation of share prices between e.g. the announcement of a transaction and its closing and Exchange rate fluctuation that can all significantly modify the value of the transaction*”. EUROPEAN COMMISSION. **Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control**. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016.p. 6.

373 “*The definition of value, e.g. how to value goodwill*”. BIICL. **Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control**. Londres: BIICL, 2017.p. 8.

local suficiente”³⁷⁴. Por exemplo, apesar do Facebook e do WhatsApp serem duas empresas norte-americanas, eles não exercem suas atividades econômicas apenas nos EUA, e esse fato dificulta o estabelecimento de um nexos geográfico para o controle de concentração. Sabemos que o valor final da operação foi de U\$ 19 bilhões, porém esse valor expressa o valor do WhatsApp em termos mundiais e não apenas nos EUA – o Facebook não adquiriu o WhatsApp “norte-americano”, mas o WhatsApp “mundial”. Pensando em relação ao critério de valor de operação alemão, a autoridade concorrencial alemã (FCO) deveria levar em consideração o valor total da operação do Facebook/WhatsApp (valor mundial) ou apenas o valor “alemão” da concentração do Facebook/WhatsApp. Em relação a este dilema, a primeira vista, é difícil defender o valor total “mundial” da operação, pois a FCO tem o dever de zelar pela concorrência na Alemanha, e não no mundo inteiro, porém o valor da operação “mundial” está correlacionado com os consumidores de todo o mundo e não apenas os consumidores da Alemanha. Dessa forma, para fins de análises concorrenciais, aparenta ser mais lógica a utilização do valor da operação “alemã” unicamente. Contudo, esse valor não existe, visto que a operação é mundial. Portanto, dever-se-ia criar métodos para o cálculo da regionalização do valor de uma operação mundial.

Neste sentido, relacionando essa dificuldade de determinação do nexos geográfico do valor de operação com concentrações digitais, a resposta do Competition Law Forum argumenta que:

Uma cláusula geral (eventualmente complementada por orientações que poderiam ser específicas de setores) que exigisse uma atividade ou um impacto concorrencial mensurável no EEA (Espaço Econômico Europeu) seria demasiado vaga e conduziria a uma insegurança jurídica, podendo conduzir à notificação de muitas operações sem um nexos claro com o EEA. Além disso, especialmente no caso das operações digitais, seria difícil atribuir geograficamente o valor da operação (se tal atribuição fosse exigida no âmbito de um critério de dimensão da operação). Um critério (local) de *market share* ou *share of supply* para garantir um nexos local seria um desafio a aplicar no setor digital (devido aos mercados de produtos emergentes) e não funcionaria para os produtos farmacêuticos em fase de preparação. O faturamento ou os ativos locais podem constituir critérios adequados para estabelecer o nexos necessário entre uma operação e o EEA. Neste contexto, é feita referência aos critérios de notificação do regime de controle de concentração dos EUA. Contudo, vários inquiridos consideram igualmente que as disposições do nexos local do sistema americano relativas às transações estrangeiras (faturamento ou ativos locais) são caracterizadas por suas complexidades e não devem necessariamente servir de modelo³⁷⁵.

374 “A jurisdictional test based on the value of a transaction does not ensure sufficient local nexus”. EUROPEAN COMMISSION. *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016.p. 6.

375 “A general clause (possibly supplemented by guidance that could be sector-specific) requiring activity or measurable competitive impact within the EEA would be too vague and would lead to legal uncertainty, possibly leading to the notification of many transactions without a clear nexus to the EEA. Moreover, especially for digital transactions, it would be difficult to geographically allocate the transaction value (if such allocation were

Além desses dois problemas, a resposta da consulta pública europeia aponta também que “o preço de compra é subjetivo e não dá qualquer indicação do possível significado competitivo de uma transação”³⁷⁶. Segundo esse argumento, podemos pensar na hipótese na qual um administrador de uma grande companhia, querendo adquirir outra empresa, erra no método de *valuation* utilizado e adquire uma empresa por um valor superior ao valor que ela de fato vale (imaginando que exista esse valor “verdadeiro” da empresa). Isto é, ainda que se utilize do melhor método possível de *valuation* para se chegar ao preço “verdadeiro” da empresa, sempre existirá um grau de subjetividade nesse preço, conseqüentemente, devido a essa subjetividade, o valor da operação, não necessariamente, seria uma boa medida de correlação de preocupação antitruste. Este argumento ataca o princípio da seletividade do controle de concentração, afirmando que o valor de operação não é uma boa métrica para realizar a seleção de casos que devem ser notificados ou não. Contudo, apesar da boa elaboração do argumento, não concordamos com tal argumentação. É clara a existência de uma correlação entre o valor da operação e riscos concorrenciais. Ademais, apesar do preço de compra apresentar um grau de subjetividade, o critério de valor de operação apenas captura concentrações de altíssimos valores e, devido ao valor alto despendido, as empresas adquirentes realizam estudos de *valuation* e estudos de viabilidade econômica, normalmente contratando empresas especialistas nessas áreas, a fim de saber se aquela é ou não uma boa operação. Portanto, concluímos pela existência de uma correlação entre valor de operação despendido e preocupação antitruste, não prosperando por completo o argumento da subjetividade do preço de compra – correlação esta que não implica na possível rejeição da concentração pelas autoridades concorrenciais.

*required as part of a deal-size test). A (local) market or supply share threshold to ensure local nexus would be challenging to apply in the digital sector (due to emerging product markets) and would not work for pharmaceutical pipeline products. Local turnover or assets may be suitable criteria to establish the necessary nexus between a transaction and the EEA. In this context, reference is made to the notification thresholds of the US merger control regime. However, several respondents also take the view that the US system's local nexus provisions for foreign transactions (local turnover or assets) are characterized by complexities and should not necessarily serve as a blueprint”. EUROPEAN COMMISSION. **Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control**. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016.p. 6-7. No mesmo sentido: “The geographic area. Without actual sales or supply within an area it seems to risk jurisdiction being too permissive”. BIICL. **Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control**. Londres: BIICL, 2017.p.8. (tradução nossa). No mesmo sentido: “[...] how to control the acquisition of a party with minimal turnover while ensuring a local nexus without being able to refer to turnover data as a guiding principle for the geographic distribution of the party's activities”. SAUERMAN, Martin. **The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control**. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 3.*

³⁷⁶ “The purchase price is subjective and does not give any indication of the possible competitive significance of a transaction”. EUROPEAN COMMISSION. **Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control**. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016.p. 6.

O último problema identificado é “o valor real (número) do corte. O custo seria desproporcional se o valor do corte fosse fixado a um nível demasiado baixo devido ao número de operações notificadas. Ademais, como esse valor corte está sendo estabelecido?”³⁷⁷. Esse problema é de extrema importância, visto que a má implementação de um valor de corte é capaz de ocasionar ou a ineficácia do critério de valor de operação (se imaginarmos a imposição de um valor de corte muito alto, no qual nenhuma concentração atingirá tal patamar), ou a ineficiência do critério em razão do aumento excessivo no número de concentrações notificadas (se imaginarmos a imposição de um valor de corte muito baixo, no qual um alto número de concentrações fosse capaz de atingir tal patamar). Desse modo, é imprescindível a necessidade de realização de um estudo com o propósito de averiguar qual seria o valor de corte ótimo, valor no qual não fosse nem demasiado alto e nem demasiado baixo, antes da implementação do critério de valor de operação. Portanto, seria o estudo que justificaria e legitimaria a imposição do valor de corte adequado.

Dessa forma, apesar de termos solucionado os pontos negativos da subjetividade do preço de compra e do estabelecimento do valor de corte do critério de valor de operação, ainda não apresentamos soluções para os dois principais problemas deste critério subsidiário: o cálculo do valor da operação e a definição do nexó geográfico. No mesmo sentido, Juliane Scholl, em 2017, opinou que “na Alemanha, a Agência Federal de Cartel (FCO) poderia reduzir a incerteza jurídica publicando diretrizes sobre como aplicar o critério de notificação adicional. Essas diretrizes devem descrever o cálculo do valor da operação e especificar o nexó local legalmente exigido”³⁷⁸.

Com o intuito de esclarecer tais problemas, a autoridade concorrencial alemã (FCO) e a autoridade concorrencial austríaca (FCA), em julho de 2018, publicaram o “*Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)*”. Este guia, apesar de não apresentar normas vinculantes, apresenta diretrizes sobre como calcular o valor final de operação de uma concentração e sobre como saber se tal concentração apresenta um nexó geográfico com a Alemanha ou com a Áustria. Ademais, o guia dispõe sobre informativos e outros potenciais problemas que o critério de

377 “The actual value (number) of the threshold. The cost would be disproportionate if thresholds are set too low due to the number of transactions being notified; How value-threshold is being established”. BIICL. *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Londres: BIICL, 2017.p. 8.

378 “In Germany, the Federal Cartel Office could reduce legal uncertainty by publishing guidelines on how it will apply the additional notification threshold. These guidelines should then describe the calculation of the transaction value and spell out the legally requires local nexus ”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 220.

valor de operação é capaz de apresentar, trazendo soluções para sua correção. Desse modo, apresentaremos, não exaustivamente, o guia e as diretrizes que as duas autoridades concorrenciais traçaram a fim de solucionar os problemas do critério de operação.

Primeiramente, conforme visto no subcapítulo do Direito Concorrencial alemão e austríaco, o valor de operação (ou valor da contraprestação) apresenta tal definição:

O valor da contraprestação deve ser especificado em euros. Abrange todos os ativos e outros benefícios monetários que o vendedor recebe do comprador no âmbito da concentração em questão. Tal como no direito comercial (na Áustria: direito societário), o conceito de ativo deve ser interpretado *lato sensu*. Abrange todos os pagamentos em numerário e a transferência de direitos de voto, títulos, ativos corpóreos e ativos incorpóreos. Inclui igualmente considerações que dependem de determinadas condições, como as especificadas nas cláusulas de remuneração ou outros pagamentos adicionais ao vendedor acordados no âmbito da concentração, que dependem da realização de determinados objetivos em matéria de faturamento ou de lucro num determinado momento futuro (por exemplo, taxas de licença). Os pagamentos por não concorrência pelo vendedor também devem ser incluídos, a menos que já estejam completamente cobertos por outros elementos da retribuição³⁷⁹.

Ademais, o guia, nas suas primeiras páginas, apresenta a distinção entre valor da empresa, valor da contraprestação e o preço pago no momento da aquisição dela, afirmando que, para o critério de valor de operação, o valor importante é o valor despendido na operação (valor da contraprestação) e não o “verdadeiro” valor da empresa.

Deve ser estabelecida uma distinção entre o valor da sociedade, calculado com base nos métodos comerciais, e o preço de compra e o valor de contraprestação de uma sociedade. [...] O valor da contraprestação é, por conseguinte, frequentemente superior ao valor de uma empresa calculado com base numa avaliação autónoma, uma vez que o cálculo do valor da contraprestação é frequentemente influenciado de forma crítica pelas avaliações subjetivas do comprador sobre o desenvolvimento da empresa a ser adquirida depois de esta ter sido integrada na empresa ou grupo de empresas do comprador³⁸⁰.

379 “The value of the consideration must be specified in euros. It encompasses all assets and other monetary benefits that the seller receives from the buyer in connection with the merger in question. As in commercial law (in Austria: company law), the term asset is to be interpreted in a broad sense. It covers all cash payments and the transfer of voting rights, securities, tangible assets and intangible assets. This also includes considerations that are contingent on certain conditions, such as those specified in earn-out clauses, or other additional payments to the seller agreed in connection with the merger that are conditional on the achievement of certain turnover or profit targets at a specific point in future (e.g. licence fees). Payments for non-competition by the seller must also be included unless they are already completely covered by other elements of the consideration”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 3-4. (tradução nossa). No mesmo sentido: “[...] all assets and other consideration of monetary value that the seller receives from the acquirer in relation to the particular transaction, as well as the value of any liabilities assumed by the acquirer”. SAUERMAN, Martin. *The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control*. Bonn: Competition Policy International, 2019. p. 3.

380 “[...] a distinction must be drawn between the company value calculated on the basis of business methods and the purchase price and consideration value for a company. [...] The value of the consideration is therefore often higher than the value of a company calculated on the basis of a stand-alone valuation because the calculation of the consideration value is often critically influenced by the buyer’s subjective assessments of the development of the company to be acquired after it will have been integrated in the buyer’s company or corporate group”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on*

Após essas delimitações iniciais, o guia consolida que o valor examinado pode consistir de diferentes itens trocados entre o comprador e vendedor para a aquisição da companhia³⁸¹, além de valores futuros e componentes que apresentam preços variáveis³⁸². O guia ressalta que o valor da operação não é composto apenas do valor despendido na compra de uma empresa pela outra, mas também do valor das responsabilidades assumidas. “As obrigações assumidas pelo comprador (§ 52) também fazem parte da contraprestação pela aquisição de uma sociedade alvo”³⁸³.

O guia aprofunda a definição do valor da contraprestação quando dispõe que, em relação aos valores que flutuam ao longo do tempo, o valor examinado será o valor desses títulos no dia da efetivação da concentração³⁸⁴. Em relação aos valores de pagamento futuros, esses valores devem ser trazidos ao tempo presente através de cálculos financeiros de desconto³⁸⁵. No tocante aos cálculos futuros condicionados, deve-se aplicar um cálculo de ponderação de probabilidade, explicitando às autoridades concorrenciais as devidas

Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG). Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 4.

381 “Considerations can consist of different items exchanged between buyer and seller in return for the acquisition of a target company. This can include cash, securities (para. 39 ff.), company shares not traded as securities, other assets (real estate, tangible assets, current assets), intangible assets¹² (licences, usage rights, rights to the company’s name and trademark rights) and considerations for non-competition (para. 60 ff.), for example”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. ***Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG).*** Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 6.

382 “Considerations also include future and variable purchase price components (para. 29 ff.) whose amount and time of payment are contingent on the future development of certain company parameters or certain conditions. This covers earn-out payments, which depend on the development of corporate key figures, such as the EBIT, turnover or sales figures, for example. Also included are payments that are conditional on milestones agreed between the parties involved, such as the achievement of specific steps in a drug approval process, and future licence payments”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. ***Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG).*** Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 6.

383 “Liabilities assumed by the buyer (para. 52) also form part of the consideration for the acquisition of a target company”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. ***Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG).*** Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 6.

384 “The value of the consideration can fluctuate over time. This usually applies to securities but may also affect cash held in foreign currencies. In contrast to a turnover analysis for a specific period of time, the value of the consideration has to be calculated for a specific point in time. The relevant factor determining whether a merger project has to be notified is the completion date of the merger”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. ***Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG).*** Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 9.

385 “The current value of future payments at the time the notification requirement is reviewed must be calculated on the basis of discounting methods commonly used in the financial sector, such as those used in multi-period (or dynamic) capital budgeting. Future payments must be discounted to a cash value to calculate the value of the payments for a uniform date”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. ***Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG).*** Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 10.

justificativas sobre esses valores de probabilidade utilizados³⁸⁶. Por fim, se na data da efetivação da concentração, o valor final da operação não atingir o valor de corte alemão ou austríaco, porém, por flutuações de preços futuros, numa data futura o valor final ultrapassar os valores estabelecidos nos critérios de valor de operação, as autoridades alemã e austríaca se comprometem a não desafiar a concentração, visto que a data para o cálculo da contraprestação das concentrações é a data da efetivação da concentração³⁸⁷.

Em relação a concentrações que não são aquisições de uma empresa por outra (incorporação), o guia define que, em relação às joint ventures, “o capital e os ativos contribuídos por cada uma das partes como parte da concentração representam as suas considerações individuais”³⁸⁸. Ou seja, o valor examinado na concentração de uma joint venture será compreendido pela soma dos capitais e ativos que cada empresa mãe dispõe para a nova joint venture, cálculo realizado nos mesmos moldes dos cálculos vistos para as aquisições. No caso de concentrações por fusões, o guia não apresenta uma clara definição de proceder com o calcula do valor da contraprestação.

Nas concentrações que assumem a forma de fusões de empresas, pode não ser imediatamente óbvio qual a parte na fusão que deve ser considerada como adquirente e qual a parte que deve ser considerada como parte adquirida. Isto se aplica, em especial, às fusões criadas pela constituição de uma nova sociedade (não temos conhecimento do direito societário alemão ou austríaco, porém, no Brasil, conforme o artigo 228 da Lei 6.404/76, a fusão sempre ocasiona a criação de uma nova sociedade). Uma fusão por absorção corresponde normalmente a uma aquisição de ativos. Em caso de dúvida, o *Bundeskartellamt* ou o *Bundeswettbewerbsbehörde* terão todo o prazer em prestar aconselhamento em casos *individuais*³⁸⁹.

386 “*Payments expected in the future can be uncertain in terms of their probability. If future payments have been weighted according to their probabilities in order to calculate their value, these probabilities and their underlying assumptions must be explained*”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 11.

387 “*If the value of the consideration for a merger project was determined according to this guidance paper and the merger was considered exempt from notification as a result, the notification requirement will not be reinstated if the components of the consideration value that had already been taken into account change in value after the merger is put into effect. [...] If the value exceeds the thresholds later, i.e. after the merger is put into effect, this will not constitute an infringement of the standstill obligation*”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 12.

388 “*The capital and assets contributed by each party as part of the merger represent their individual considerations*”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 18.

389 “*In mergers that take the form of corporate amalgamations, it may not be immediately obvious which party to the merger should be regarded as the buyer and which party should be regarded as the purchased party. This applies, in particular, to amalgamations created by the formation of a new company. An amalgamation by absorption typically corresponds to asset acquisition. In case of doubt, the Bundeskartellamt or the Bundeswettbewerbsbehörde will be pleased to provide advice on individual cases*”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Sextion 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 18-19.

Muito dificilmente haverá um caso de fusão capturado pelo critério de valor de operação, pois, como visto no capítulo da Economia Digital, a maioria dessas concentrações são aquisições de pequenas empresas por grandes empresas. A primeira vista, não há um sentido lógico-empresarial numa fusão de uma grande companhia com uma pequena companhia – a transformação societária mais lógica nesses casos é o instituto da incorporação. Contudo, se algum dia houver uma fusão capturada pelo critério de valor de operação, o guia relata que as autoridades concorrenciais alemã e austríaca estão dispostas a ajudar as partes envolvidas a fim de realizar o cálculo do valor final de operação – muito provável por não saberem, de fato, como realizar este cálculo para o instituto da fusão.

Após examinado como o guia alemão e austríaco soluciona o problema do cálculo do valor de operação, passamos para a análise do estabelecimento do nexos geográfico da concentração e do conceito da substancial operação doméstica. Primeiramente, conforme visto anteriormente, o critério de valor de operação austríaco e alemão dispõe que a concentração necessite apresentar substanciais operações domésticas. “Pretende-se assim eliminar do âmbito de aplicação das disposições os casos relacionados com a aquisição de uma empresa que apenas opera no estrangeiro”³⁹⁰. Dessa forma, se uma concentração preenche todos os requisitos numéricos do critério de valor de operação alemão ou austríaco, porém não apresenta substanciais operações domésticas, não é necessária a sua notificação às autoridades concorrenciais.

Todavia, a dúvida persiste de como saber se as empresas envolvidas numa concentração apresentam ou não substanciais operações domésticas. Em relação a essa dúvida, e associando o conceito de substanciais operações domésticas com concentrações digitais, o guia dispõe que:

A atividade doméstica [...] tem de ser medida com base nas atividades da empresa-alvo relacionadas com o mercado relevante. [...] A atividade no mercado interno não é geralmente medida com base no faturamento realizado no mercado interno. [...] No setor digital, os memorandos explicativos da Alemanha e da Áustria referem o número de usuários ("usuários ativos mensais") ou a frequência de acesso a um site ("visitantes únicos") como exemplos de possíveis indicadores. Nos processos do *Bundeskartellamt*, foram igualmente utilizados outros dados-chave da indústria, tais como "usuários ativos diários" (DAU)³⁹¹.

390 “This is meant to eliminate cases from the scope of the provisions, which at their correlate to the takeover of a company only operating abroad”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. **Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)**. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 19.

391 “Domestic activity [...] has to be measured on the basis of the market-related activities of the target company. [...] Domestic activity is generally not measured on the basis of domestic turnover. [...] In the digital sector, the explanatory memoranda in Germany and Austria refer to user numbers (“monthly active users”) or the access frequency of a website (“unique visitors”) as examples of possible indicators. In proceedings of the *Bundeskartellamt*, other industry key figures, such as “daily active users” (DAU), have also been used”.

Dessa forma, esse exame é feito para saber se as empresas e a concentração apresentam substanciais operações domésticas. No entanto, há que se verificar se a concentração também apresenta nexos geográficos com o país. Nesse sentido:

Para avaliar o nexo local da atividade, deve ser estabelecida a forma específica do indicador de nexo local na respectiva jurisdição. Isto deve ser feito de tal forma que a atividade de uma empresa seja atribuível ao local de uso pretendido. Este é normalmente o local onde o cliente está localizado, ou seja, onde se situam os escritórios do cliente, pois é aqui que se verifica a concorrência com fornecedores alternativos³⁹².

Ou seja, devem-se criar, para cada mercado, indicadores de nexo local com a respectiva jurisdição. Dessa forma, fica a cargo da jurisprudência a criação e a justificação de tais indicadores para cada mercado. Conclui-se que, de fato, esse conceito é caracterizado por ser um conceito um tanto quanto aberto, permitindo certo grau de flexibilidade na sua utilização pelas autoridades concorrenciais.

O guia, na sua parte final, apresenta exemplos de casos de concentrações, especificando se aquele caso hipotético deveria ou não ser notificado, na Alemanha ou na Áustria, a partir do critério de valor de operação. Em relação à Economia Digital, eles elaboram um exemplo de uma concentração envolvendo dois aplicativos de comunicação de celular:

1 - A economia digital. a) Aplicativo de comunicação de smartphone. Uma empresa global planeja adquirir o fornecedor de um aplicativo de comunicação de smartphone. O aplicativo é destinado a usuários finais em todo o mundo, incluindo os da Alemanha e da Áustria, e é atualmente oferecido gratuitamente, ou quase gratuitamente, pela empresa a ser adquirida. Nexo local: o aplicativo da empresa alvo está sendo usado por um milhão de usuários na Alemanha e 100.000 usuários na Áustria. Orientação para o mercado: o produto em questão é oferecido aos usuários, embora gratuitamente ou quase gratuitamente. Esta última não exclui a orientação para o mercado. O faturamento não constitui uma referência adequada neste caso. Importância: o aplicativo destina-se aos usuários finais na Alemanha e na Áustria, ou seja, a todos os consumidores dos dois países. A empresa-alvo tem mais de um milhão de utilizadores na Alemanha e 100 000 utilizadores na Áustria. No momento da notificação, o número de "usuários ativos mensais" (MAU) para este produto tinha sido estabelecido como a medida normalizada do setor para calcular o número de usuários. Por conseguinte, pode ser utilizado para medir o seu significado. Com base nas proporções entre usuários e consumidores em ambos os países, o critério de significância foi ultrapassado. Conclusão: este caso tem que ser

BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 20.

392 "In order to assess the local nexus of the activity, the specific form of the indicator of a local nexus in the respective jurisdiction has to be established. This must be done in such a way that the activity of a company is attributable to the place of intended use. This is usually the place where the customer is located, i.e. where the customer's offices are, because this is where competition with alternative providers takes place". BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)*. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 21.

notificado ao Bundeskartellamt e ao Bundeswettbewerbsbehörde quando atingido o valor da contraprestação³⁹³.

Dessa forma, o guia alemão e austríaco de diretrizes sobre como aplicar o critério de valor de operação, ao menos teoricamente, resolveu todos os problemas apontados pela doutrina em relação a esse critério. O guia apontou as formas de cálculo que devem ser utilizadas a fim de descobrir o valor final da cada operação, assim como métodos gerais com a finalidade de estabelecer, ou não, o requisito necessário do nexu geográfico. Portanto, o resultado do baixo – porém eficiente – número de vezes que o critério de valor de operação foi utilizado na Alemanha e na Áustria, conforme visto no subcapítulo anterior, junto com a edição do guia a fim de minimizar potenciais problemas de insegurança jurídica, comprovam a eficiência na adoção do critério de valor de operação, como critério subsidiário ao critério de valor de faturamento, com o objetivo de capturar as concentrações digitais envolvendo empresas com baixo faturamento.

Por fim, examinaremos os principais pontos positivos na implementação do critério de valor de operação. Primeiramente, conforme relatado pelos professores Bourreau e Streel, “essa alteração (na Alemanha e na Áustria) não deve aumentar substancialmente o número de concentrações a serem notificadas, pois o valor da transação de concentração é alinhado ao faturamento das empresas que se concentram na maioria dos casos”³⁹⁴. Como visto, há uma forte correlação entre faturamento das empresas e valor despendido na aquisição dessas empresas. Contudo, a Economia Digital não apresenta tal correlação. Dessa forma, a implementação de um critério de valor de operação alcançaria apenas essas concentrações de alto valor de operação que não fossem capturadas pelo critério de valor de faturamento (concentrações digitais, farmacêuticas, químicas, etc.). Essa afirmação foi comprovada pelos

393 “1. *The digital economy. a) Smartphone communication app. A global company plans to acquire the provider of a smartphone communication app. The app is targeted at end users worldwide, including those in Germany and Austria, and is currently being offered free of charge or almost free of charge by the company to be acquired. Local nexus: the target company’s app is being used by one million users in Germany and 100,000 users in Austria. Market orientation: the product in question is offered to users, albeit free of charge or almost free of charge. The latter does not preclude market orientation. Turnover is not a suitable benchmark in this case. Significance: the app is targeted at end users in Germany and Austria, that is, at all consumers in the two countries. The target company has over one million users in Germany and 100,000 users in Austria. At the time of notification the “monthly active users” (MAU) figure for this product had been established as the industry’s standard measure for calculating the number of users. It can therefore be used for measuring its significance. Based on the ratios between users and consumers in both countries, the significance threshold has been exceeded. Conclusion: this case has to be notified to the Bundeskartellamt and the Bundeswettbewerbsbehörde when the value of the consideration is reached*”. BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. **Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35(1^a) GWB and Section 9(4) KartG)**. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. p. 24-25.

394 “[...] this change should not substantially increase the number of concentrations to be notified as the merger transaction value is aligned on the merging firms’ monetary turnover in the majority of the cases”. BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. **Digital Conglomerates and EU Competition Policy**. Paris: CERRE, 2019. p. 32.

números apresentados por Martin Sauer mann na análise empírica da experiência alemã e austríaca com a implementação do critério de controle de concentração.

Ademais, levantasse a hipótese desse critério ser um empecilho para o desenvolvimento tecnológico e empresarial.

Preocupações foram levantadas de que o novo critério dificultaria o desenvolvimento de novas empresas na Alemanha. Outras jurisdições como os EUA, no entanto, preveem critérios semelhantes, que são ainda mais baixos do que o atualmente propostos. Não há indicação de que os critérios existentes em outras jurisdições tenham comprometido as atividades das *start-ups* até o momento³⁹⁵.

Contudo, não há evidências empíricas comprovando tal hipótese, uma vez que os Estados Unidos apresentam critério semelhante (*value of transaction*) e, dificilmente, argumentar-se-ia que os Estados Unidos sofrem com problemas de desenvolvimento tecnológico. Além do que, o critério, por si só, não é capaz de trazer empecilhos ao desenvolvimento empresarial de um país, visto que o critério apenas obriga a notificação do ato de concentração para as autoridades concorrenciais, não significando a rejeição dessa concentração.

Portanto, após o exame do critério de valor de operação e de demais critérios subsidiários ao critério de valor de faturamento, concluímos que o critério de valor de operação é o critério mais adequado e eficiente para a solução do problema específico da não captura de concentrações digitais. Dessa forma, no próximo subcapítulo, apresentamos uma proposta de inclusão do critério de valor de operação no controle de concentração brasileiro.

5.3 UMA PROPOSTA DE INCLUSÃO DO CRITÉRIO DE VALOR DE OPERAÇÃO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO BRASILEIRO

Por fim, chegamos ao último subcapítulo desse trabalho. Conforme visto ao longo do texto, as concentrações digitais estão causando mudanças nos controles de concentração de diversas jurisdições. Primeiramente, por distintas razões, o ferramental teórico clássico utilizado não é capaz de analisar tais concentrações. Ademais, muitas dessas concentrações não estão sendo capturadas pelo critério de valor de faturamento dos controles de concentração. E tal realidade não é diferente no Brasil.

³⁹⁵ “Concerns were raised that the new threshold would hamper the development of start-ups in Germany. Other legal systems like the USA, however, foresee similar thresholds, which are even lower than the currently proposed thresholds. There is no indication that the existing thresholds in other jurisdiction have compromised start-up activities to date”. SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219. (tradução nossa).

De todas as concentrações digitais vistas ao longo do texto (Facebook/Whastapp, Facebook/Instagram, Google/Waze, Google/Shazam, entre outras), nenhuma foi analisada pelo CADE.

Dessa forma, é impossível argumentar que essas concentrações não impactam a vida diária dos brasileiros. O Facebook, no primeiro trimestre de 2018, atingiu a marca de 127 milhões de usuários ativos mensais no Brasil (60% da população brasileira) – quinto país com o maior número de usuários mundiais³⁹⁶. O WhatsApp, na mesma época, apresentava a marca de 120 milhões de usuários ativos (57% da população brasileira)³⁹⁷. O Instagram, em maio de 2019, contava com 66 milhões de usuários diários de sua rede social (31% da população brasileira) - segundo país com maior número de usuários, perdendo apenas para os EUA³⁹⁸. O Google é responsável por mais de 92% das pesquisas brasileiras diárias na internet³⁹⁹. Ademais, “no Brasil, por exemplo, o Facebook Inc. controla seis dos treze aplicativos mais baixados examinados: Facebook e sua versão FB Lite, FB Messenger e sua versão FB Messenger Lite, WhatsApp e Instagram”⁴⁰⁰. Isto é, as empresas digitais exercem suas atividades econômicas e se conectam com os brasileiros diariamente, por conseguinte, suas concentrações impactam diretamente na concorrência e na vida dos consumidores, devendo o CADE exercer o seu papel jurisdicional de controle e proteção da concorrência e de defesa dos consumidores.

Ressaltamos que não estamos argumentando que essas concentrações deveriam ser rejeitadas. Mas que, ao menos, o CADE tivesse a oportunidade de examinar essas concentrações e, após a análise, aprovasse-as ou rejeitasse-as.

O CADE analisou, nos 7 anos de vigência da Lei 12.529/11, 2818 AC (uma média de 400 por ano), ou seja, é totalmente factível a implementação de um critério capaz de capturar essas concentrações digitais, uma vez que essas concentrações, apesar de suma importância, não acontecem num número elevado – ao menos atualmente. Portanto, concluimos pela existência da lacuna, visto que nenhuma concentração digital foi analisada no Brasil devido ao fato das empresas não preencherem o critério de faturamento da lei brasileira, e a

396 Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/07/facebook-chega-a-127-milhoes-de-usuarios-mensais-no-brasil.shtml> >. Acesso em: 30 nov. 2019.

397 Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/07/facebook-chega-a-127-milhoes-de-usuarios-mensais-no-brasil.shtml> >. Acesso em : 30 nov. 2019.

398 Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/tecnologia/estes-sao-os-dez-paises-que-mais-usam-o-instagram/> >. Acesso em : 30 nov. 2019.

399 Disponível em: < <https://tecnoblog.net/58008/google-domina-geral-nas-buscas-do-brasil/> >. Acesso em : 30 nov. 2019.

400 “In Brazil, for example, Facebook Inc. controls six out of the thirteen most downloaded apps examined: Facebook and its FB Lite version, FB Messenger and its FB Messenger Lite version, WhatsApp, and Instagram”. CADE. *BRICKS in the digital economy: competition policy in practice*. Brasília: CADE, 2019. p. 8.

preocupação da falta de exame, uma vez que comprovamos com os dados acima a importância e o impacto dessas empresas na vida dos brasileiros.

Influenciada pela maioria das opiniões europeias, é possível de acreditar que não exista lacuna no controle de concentração. Porém, em nível da União Europeia, o principal argumento utilizado para negar que haja lacuna no controle de concentração, é a existência do sistema de remessa. Por motivos óbvios, o Brasil não apresenta a possibilidade de utilizar desse sistema, visto que não temos a figura de União e Estados Membros. Certamente, os resultados da consulta pública sobre a ineficiência do controle de concentração europeu seriam diferentes se os artigos 4 (4), 4(5) e 22 do EUMR não existissem. Até mesmo as opiniões das consultas francesas e britânicas poderiam ser diferentes, pois a maioria das concentrações digitais são examinadas pela Comissão e não pela CMA ou pela *Autorité de la Concurrence*. Dessa forma, o principal argumento utilizado, negando a existência da lacuna, não pode ser replicado para o Brasil. Destacamos que a maioria dos relatórios aponta como preocupante as mudanças realizada pela Economia Digital, porém entende que o sistema de remessa é capaz de lidar com a situação atual. Portanto, para a realidade brasileira, não há como utilizar os argumentos europeus de negação da existência de lacuna devido a não compatibilidade do sistema de remessa europeu ao Direito Concorrencial brasileiro.

Assim sendo, entendemos que o controle de concentração brasileiro, baseado no critério de valor de faturamento dos incisos I e II do art. 88 da Lei 12.529/11, é lacunoso, uma vez que não captura as concentrações digitais. Ademais, essa realidade é preocupante, pois as empresas digitais exercem papel fundamental e impactam diariamente na vida dos brasileiros. Portanto, concluímos sobre a necessidade de implementação de um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento no Direito Concorrencial brasileiro com o propósito de capturar essas concentrações digitais, obrigando a sua notificação e possibilitando que o CADE efetive o controle de concentração. Desse modo, passamos para as análises dos critérios subsidiários a fim de identificar o critério mais adequado para a captura das concentrações digitais no controle de concentração brasileiro.

Primeiramente, antes das análises dos critérios subsidiários, lembremos que o Brasil tem como principal critério para a notificação de atos de concentração o valor de faturamento das empresas e, por conseguinte, adota um sistema diferente do sistema dos Estados Unidos. Portanto, uma proposta seria a modificação do critério principal, substituindo o valor de faturamento pelo valor de transação, assemelhando ao controle de concentração norte-americano. Todavia, essa troca acarretaria numa mudança geral no nosso controle de concentração. Visto que o problema da não captura das concentrações digitais é um problema

específico, não aparenta ser lógica uma mudança na regra geral com o propósito de resolver um problema específico. Ademais, não há comprovação da eficiência do critério de valor de transação, como critério principal, na captura dessas concentrações digitais. Conforme visto anteriormente, Thomas Wollmann conclui que os valores de corte atuais do sistema americano são demasiadamente elevados. Logo, apesar do critério, hipoteticamente, ser capaz de capturar as concentrações digitais de elevados valores de transação, o critério é falho na captura de todas as outras concentrações, digitais ou não digitais, que impactam na concorrência e na vida dos consumidores norte-americanos, mas não atingem os valores de transação estabelecidos pelo *HSR Act*. Ou seja, a adoção desse critério trocaria um problema grave (concentrações digitais) por um problema ainda mais grave (todas outras concentrações). Portanto, concluímos que não se deve adotar o critério de valor de transação como principal critério no controle de concentração brasileiro.

Utilizando o sistema de controle de concentração brasileiro, no qual o critério de valor de faturamento é adotado como critério principal, uma hipótese para a resolução do problema da não captura das concentrações digitais no Brasil seria a diminuição do valor corte do critério do valor de faturamento dos incisos I e II do artigo 88 da Lei 12.529/11. Os valores de corte atuais, conforme a Portaria Interministerial 994 de 2012, são de R\$ 750 milhões, aplicado para a empresa adquirente, e R\$ 75 milhões, aplicado para a empresa adquirida, de faturamento bruto anual do ano anterior ao ano da concentração. Consequentemente, poder-se-ia pensar numa redução apenas do valor do inciso I, numa redução apenas do valor do inciso II ou numa redução conjunta dos valores dos incisos I e II. Com o propósito de resolver este problema, a hipótese mais lógica seria a redução apenas do inciso II (R\$ 75 milhões), uma vez que a não captura das concentrações digitais acontece devido ao fato das empresas digitais adquiridas não faturarem o valor corte do critério de valor do faturamento. Contudo, conforme visto, a diminuição do valor corte impactaria todas as concentrações e não apenas as concentrações digitais. Imaginando uma hipótese extrema, se baixar muito o valor corte da empresa adquirida, será obrigatório a notificação de uma concentração na qual uma grande empresa adquire uma empresa de cachorro quente com o propósito de alimentar seus funcionários, já que essa empresa de cachorro quente atingiria o valor corte rebaixado do inciso II. Essa hipótese seria capaz de capturar as concentrações digitais, todavia, seria extremamente ineficiente, visto que aumentaria demasiadamente o número de notificações de concentrações em geral em detrimento dos recursos escassos do CADE. Como veremos, a implementação do critério subsidiário de valor de operação se caracteriza por ser mais eficiente do que a redução do valor corte do critério de valor de faturamento, por conseguinte,

concluimos pela não redução dos valores cortes dos incisos I e II do artigo 88 da lei concorrencial brasileira.

Ainda sem adotar um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento, outra solução proposta, diferentemente da redução dos valores de faturamento, seria a revogação do inciso II do artigo 88, caracterizada pela volta do critério de valor de faturamento utilizado na Lei 8.884/94, que, como visto, utilizava apenas o faturamento da empresa adquirentes, não importando o faturamento da empresa adquirida. Essa hipótese também tenderia capturar as concentrações digitais, visto que o problema dessas concentrações, em relação ao critério de valor de faturamento, está nas empresas adquiridas, não nas empresas adquirente. Todavia, a hipótese apenas expandiria as mesmas ineficiências relatadas no parágrafo anterior, visto que aumentaria o número de notificações de concentrações que não ofereceriam nenhum problema antitruste à concorrência e aos consumidores brasileiros. Nesse caso, até mesmo a aquisição dos ativos de um MEI, que, conforme o art. 18-A da Lei Complementar 123, não pode faturar mais do que R\$ 81.000,00 ao ano, por uma grande empresa deveria ser notificado ao CADE, casos como esse que a doutrina brasileira, na vigência da Lei 8.884/94, já demonstrava sua total ineficiência e desperdício de recursos públicos. Dessa forma, pelos mesmos motivos expostos na análise da redução do valor de corte do critério de valor de faturamento, concluimos pela ineficiência da hipótese de revogação do inciso II da Lei 12.529/11.

Já em relação aos critérios subsidiários, de imediato, já descartamos as hipóteses da afetação do número de consumidores, do *market share* e do *share of supply*, por todos os problemas analisados no subcapítulo anterior. Esse critérios, além da insegurança jurídica e da dificuldade de suas implementações, não são comprovados que, se adotados, resolverão o problema específico da não captura de concentrações digitais. Dessa forma, para o Direito Concorrencial brasileiro, sobra dois critérios possíveis de serem implementados: o critério da regra específica e o critério do valor de operação.

O critério da regra específica, como previamente visto, já é aplicado em alguns casos no Brasil – como nas concentrações envolvendo instituições financeiras que necessitam submeter suas notificações para o CADE e o BACEN. Todavia, destacamos a dificuldade na delimitação jurídica de mercados digitais, farmacêuticos, biotecnológicos e demais mercados que o legislador entender especificar. Uma solução apontada neste trabalho foi a associação das empresas envolvidas nas concentrações com os códigos da CNAE, visto que todas as empresas, ao se registrarem no Brasil, necessitam se enquadrar em algum código. Por conseguinte, a regra específica poderia identificar que “as concentrações de empresas com tais

códigos da CNAE não se aplicam ao controle de concentração geral do Capítulo I do Título VII da Lei 12.529/11”.

Porém, o critério da regra específica, no primeiro momento, apenas excepciona da regra geral, necessitando de uma unidade de medida para sabermos se a notificação da concentração é obrigatória ou não. Desse modo, poder-se-ia delimitar um valor de faturamento menor para essas empresas excepcionadas, ou adotar um valor de operação apenas para essas empresas. Em teoria, poder-se-ia adotar critérios como *market share* ou *share of supply*. Contudo, não temos consciência da adoção desse tipo de regra específica com o intuito de capturar essas concentrações, que não são pegadas pelo critério principal, em qualquer jurisdição. Como vimos, as regras específicas no controle de concentração são, normalmente, relacionadas com as leis das agências reguladoras, dando competência do controle de concentração das empresas desses mercados regulados para essas agências. Portanto, em razão da incerteza da resolução do problema das concentrações digitais por esta regra e do desconhecimento da existência de tal regra específica em algum controle de concentração nacional, não acreditamos que o Brasil deva adotá-la se o intuito é capturar as concentrações digitais.

Por fim, resta o critério subsidiário de valor de operação. Os principais argumentos favoráveis à adoção do valor de operação é que ele respeita o princípio da seletividade e se comporta como uma regra segura juridicamente e específica, com o propósito específico de capturar as concentrações que não são capturadas pelo critério de valor de faturamento. O critério de valor de operação respeita o princípio da seletividade, uma vez que seriam poucas concentrações capturadas por esse princípio – concentrações essas que apresentam uma tendência de risco concorrencial. A maioria das concentrações continuaria a ser pegada pelo critério principal do valor de faturamento. Se uma concentração não preenchesse os requisitos deste critério, haveria o segundo critério (valor da operação), o qual obrigaria a notificação de pouquíssimas concentrações – apesar do provável número ser absolutamente pequeno, demonstramos a importância e o risco concorrencial dessas concentrações (principalmente as digitais). O respeito ao princípio da seletividade foi comprovado pela implementação de tal critério na Alemanha e na Áustria, visto que os atos de concentração notificados por decorrência do critério de valor de operação foi menor do que 5% nos dois países. Consequentemente, não prospera o argumento de que a implementação do critério de valor de operação ocasionará um aumento expressivo no número de notificações ao CADE, caracterizando por um desperdício de recurso público.

O fato descrito acima é decorrente da correlação entre valor de faturamento e valor de operação de uma concentração. Conforme visto, uma empresa tende a adquirir uma empresa por um valor maior, quanto maior for o faturamento dela. Todavia, essa correlação não está presente nas concentrações digitais. Assim sendo, o critério de valor de operação conseguiria capturar as importantes concentrações digitais, farmacêuticas, químicas, etc., que escapam o critério de valor de faturamento. Este aspecto foi comprovado quando analisado a implementação deste critério na Alemanha e na Áustria, visto que as concentrações notificadas pelo critério de valor de operação naquelas jurisdições foram concentrações digitais, farmacêuticas e químicas. Dessa forma, o critério de valor de faturamento é capaz de resolver o problema específico em relação a essas concentrações sem apresentar a dificuldade da delimitação jurídica do critério da regra específica. Portanto, concluímos pela maior eficiência do critério do valor de operação se comparado ao critério do valor da regra específica.

Por último, destacamos a segurança jurídica desse critério. Conforme visto no último subcapítulo, os principais argumentos contrários à implementação do critério de valor de operação são os problemas do cálculo do valor de operação de uma concentração e o seu nexo geográfico. De fato, não há a possibilidade de exaurir tais problemas na redação de tal critério. Contudo, a Alemanha e Áustria demonstraram ser possível a solução de tais problemas a partir da edição de um guia explicitando todas as possibilidades de cálculos e de metodologias a fim de resolver esses dois principais problemas. Portanto, se adotado no Brasil, o CADE poderia editar um guia a fim de esclarecer as falhas desse critério. Atualmente, o CADE dispõe de 7 guias para ajudar os agentes econômicos na comunicação com o CADE (Guia de AC Horizontal, de *Gun Jumping*, de *Compliance*, de TCC, de Leniência, de Remédios Antitruste e de envio de dados ao DEE)⁴⁰¹, ou seja, não seria um problema demasiado ao CADE a edição de mais um guia com o intuito de provar maior segurança jurídica aos agentes econômicos envolvidos em concentrações. Obviamente, o critério ainda apresentaria algumas falhas, porém não defendemos o argumento de que o critério de valor de faturamento não deveria ser implementado no Brasil devido às falhas que esse critério apresenta. Portanto, concluímos na identificação do critério de valor de operação como melhor critério subsidiário a ser implementado no Brasil com o propósito de corrigir a lacuna atual em nosso controle de concentração.

⁴⁰¹ Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade>. Acesso em: 01 dez. 2019.

Em sentido contrário, acreditamos que o melhor contra argumento a necessidade da implementação de um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento brasileiro, seja o critério de valor de operação, seja qualquer outro critério analisado, é a existência do § 7º do artigo 88 da Lei 12.529/11 – o critério absoluto de notificação *ex-post*. Conforme visto, a regra presente nesse parágrafo possibilita que o CADE, no prazo de um ano a contar da data de consumação da concentração, requeira a submissão da notificação do ato de concentração. Todavia, essa regra não é condizente com o papel que uma autoridade concorrencial deva apresentar no seu exercício do controle de concentração. Conforme exposto, no controle de concentração, as autoridades concorrências apresentam um papel passivo, esperando que as empresas notifiquem as suas concentrações a fim de que a autoridade possa começar as suas análises e investigações. Nesse sentido, o controle de concentração é claramente distinto do controle de conduta, no qual as autoridades concorrenciais apresentam um papel ativo, adotando decisões *ex officio* e investigando as condutas das empresas em relação a cartéis, condutas anticompetitivas unilaterais, *margin squeeze*, conduta de preço predatório, etc. Essa nossa hipótese da ineficiência do papel ativo do § 7º é comprovado ao analisar os números de vezes que o § 7º foi utilizado – 2 vezes em 7 anos de vigência da Lei 12.529/11. Portanto, é falso o argumento de que o controle de conduta brasileiro não precisa adotar um critério de valor de operação, uma vez que temos o critério absoluto de notificação *ex-post* do § 7º. É plausível, apesar de crermos na sua inverdade, argumentar que as concentrações digitais não são preocupantes dentro do nosso Direito Concorrencial brasileiro, contudo, não se pode argumentar sobre a inexistência de lacuna no controle de concentração brasileiro, utilizando como argumento o § 7º do art. 88 – nos mesmos moldes que os europeus argumentam sobre a inexistência de lacuna, justificando através do sistema de remessas – visto que essa regra só foi utilizada 0,07% e nunca foi utilizada para examinar um caso de concentração digital.

Mais uma vez, reiteramos o entendimento de que o critério de valor de operação não é perfeito, muito pelo contrário, há falhas que o legislador brasileiro e o CADE deverão abordar a fim de minimizar os seus problemas e inseguranças jurídicas. Contudo, devemos ter em mente que o cenário atual do controle de concentração brasileiro é esse: nenhuma concentração digital (além de outras concentrações farmacêuticas, químicas, entre outros setores, que não realizam o faturamento da Portaria Interministerial nº 994 de 2012) é examinada pelo CADE. Portanto, ou adotamos a posição francesa de negar a existência da lacuna, ou lutamos a fim de defender uma implementação de um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento no Brasil – de preferência, pelos motivos expostos, o critério de valor de operação. Ressaltamos que esta implementação não significaria a rejeição de

concentrações digitais pelo CADE, mas sim a possibilidade de pronunciamento e de decisão do CADE, conforma a análise realizada.

Este trabalho, apesar de defender a implementação do critério, não objetivou descobrir o possível melhor valor de corte que o critério de valor de operação no Brasil, se um dia for implementado, deva utilizar. Porém, nesse sentido, ressaltamos o artigo 5º da nova Lei 13.874/19 (Lei da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) que institui a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório na edição ou alteração de atos normativos. O artigo apresenta a seguinte redação:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

Todavia, não há como saber se o artigo será ou não aplicado, pois a implementação do critério de valor de operação pode ser feito a partir da edição de uma Lei pelo Congresso Nacional – nesse caso o artigo 5º não seria aplicado – ou através de uma edição de portaria ou qualquer outro ato normativo pelo CADE. Neste caso, ainda assim não é possível saber sobre a necessidade ou não do estudo de análise de impacto regulatório, pois ainda não existe o regulamento tratado no parágrafo único – à primeira vista, o CADE preenche todos os requisitos do *caput*, uma vez que ele edita e altera atos normativos de interesse geral de agentes econômicos e é uma entidade da administração pública federal. Contudo, apesar de, hipoteticamente, o CADE não necessitar de um estudo de análise de impacto regulatório para a implementação de um critério de valor de operação no controle de concentração brasileira, a sua realização é claramente positiva, uma vez que objetivará descobrir o valor ótimo que captaria as concentrações digitais, não sendo um valor muito baixo – o qual aumentaria excessivamente as notificações de atos de concentração – nem um valor muito alto – o qual não conseguiria capturar nenhuma concentração, acarretando na ineficiência do critério.

Dessa forma, a fim de concluir o trabalho, argumentamos mais uma vez sobre a necessidade do CADE em analisar tais concentrações, uma vez que elas têm o poder de impactar a vida de grande parte da população brasileira, além de apresentar problemas à concorrência desses mercados. Em relação a implementação do critério subsidiário, o critério de valor de operação aparenta ser o critério mais adequado, por todos os motivos acima expostos. Defendemos também a luta e o engajamento de todos os envolvidos com o Direito

da Concorrência e o Antitruste no Brasil, com o propósito de implementar um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento, capaz de capturar as concentrações digitais, visto que, conforme o relatório de Economia Digital e Direito Concorrencial do BRICS, “no Brasil, nenhuma alteração formal específica na legislação está sendo considerada para abordar especificamente a economia digital”⁴⁰².

⁴⁰² “*In Brazil, no particular formal changes in the legislation are under consideration to specifically address the digital economy*”. CADE. ***BRICKS in the digital economy: competition policy in practice***. Brasília: CADE, 2019. p. 42. (tradução nossa). No mesmo sentido: “*The reported countries have not implemented differentiated or lower notification thresholds to deal specifically with digital economy cases*”. CADE. ***BRICKS in the digital economy: competition policy in practice***. Brasília: CADE, 2019. p. 17. (tradução nossa)

6 CONCLUSÃO

A Economia Digital causou, e está causando, diversas consequências no comportamento das empresas. Quiçá, a principal consequência para o estudo do controle de concentração é a mudança nos modelos de negócios, mudança mais expressiva nos modelos de negócios das empresas digitais. Tais empresas tecnológicas apresentam a tendência de renunciar receita no curto-prazo, colocando o preço dos seus produtos em patamares baixos, com o intuito de aumentar seu poder de impacto e angariar mais clientes para o seu negócio. Assim sendo, essas empresas inovadoras são monitoradas a todo o momento por gigantescas empresas da tecnologia e, se estas se interessarem pelos produtos das pequenas empresas digitais, a concentração, inevitavelmente, acaba acontecendo – visto que os valores dispendidos nessas aquisições são valores altíssimos e, muitas das vezes, inegáveis. O caso Facebook/WhatsApp é a prova desse acontecimento.

Por outro lado, o Direito Concorrencial apresenta o dever de zelar por práticas de boa concorrência e de proteção, mesmo que indiretamente, aos consumidores. Para isso, ele realiza o controle de concorrência de dois modos distintos: o controle de conduta e o controle de concentração. O controle de conduta é um controle *ex-post*, analisando práticas anticompetitivas cometidas pelas empresas. O controle de concentração é um controle *ex-ante*, analisando o desenrolar futuro dessas concentrações em relação ao mercado e consumidores. Para que uma autoridade concorrencial obtenha poder decisório sobre uma concentração, esta deverá ser notificada e submetida à autoridade. Visto que não são todas as concentrações que apresentam riscos concorrenciais, a partir do princípio da seletividade, critérios são estabelecidos a fim de saber quais concentrações devem notificar seus atos para a autoridade competente. No Brasil, o critério principal utilizado para a notificação obrigatória de um ato de concentração é o critério de valor de faturamento.

Dessa forma, realizando a intersecção entre a Economia Digital e controle de concentração do Direito Concorrencial, notamos a existência de um problema nunca antes identificado: a não captura de importantes concentrações pelo critério do valor de faturamento. O CADE, por exemplo, nunca analisou uma concentração digital. A Comissão Europeia, a fim de analisar o caso do Facebook/WhatsApp, necessitou utilizar do seu sistema de remessa, uma vez que o seu critério de valor de faturamento também não foi capaz de obrigar a notificação dessa concentração. Essa não captura acontece em decorrência dessas empresas digitais renunciarem receita no curto prazo, por conseguinte, no momento da ocorrência desses atos de concentração, as empresas não atingem o valor de corte estabelecido

no critério do valor de faturamento, não nascendo a obrigação da notificação do ato para as autoridades concorrenciais.

A partir desse cenário, devemos adotar duas posições: (i) concluir sobre a existência, ou não, de uma lacuna no controle de concentração; e (ii) determinar se este suposto problema é preocupante ou não. Conforme visto, as opiniões em relação a esses dois pontos são conflitantes, não havendo um consenso entre especialistas. Ressaltamos apenas que os principais argumentos utilizados a fim de negar a existência da lacuna e da preocupação de tal problema, ou não podem ser replicados para o controle de concentração brasileiro (sistema de remessa do Direito Concorrencial comunitário), ou mostraram ser ineficientes na captura das concentrações digitais (existência do critério absoluto de notificação *ex-post* do § 7º do artigo 88 da Lei 12.529/11). Dessa forma, o presente trabalho concluiu que o controle de concentração brasileiro é lacunoso, visto que não analisa as concentrações digitais, e que tal situação é preocupante, ocasionando a necessidade de se encontrar uma solução com o propósito de obrigar a notificação desses atos de concentração ao CADE.

Após a demonstração da ineficiência do critério de valor de faturamento no controle de concentração brasileiro, o trabalho procurou estudar quais seriam as possíveis soluções a fim de resolver este problema específico, seja através de uma alteração do critério principal, seja através a inclusão de um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento. Diversas foram as soluções analisadas. Examinaram-se a hipótese de alteração total do critério principal de valor de faturamento para o critério de valor de transação (como o controle de concentração norte-americano), a hipótese de alteração no valor de corte do critério de valor de faturamento atual (redução ou revogação do inciso II do artigo 88), as hipóteses de inclusão de diversos critérios subsidiários ao critério de valor de faturamento (afetação no número de consumidores, *market share*, *share of supply*) e as hipóteses com maiores chances de êxito na captura das concentrações digitais: critério da regra específica e o critério do valor de operação.

O critério da regra específica objetiva excepcionar determinados mercados da regra geral do controle de concentração. Por conseguinte, poder-se-ia selecionar os mercados digitais, farmacêuticos, químicos, e demais mercados os quais o legislador entender excepcionar, a fim de aplicar uma regra específica a esses mercados. Contudo, este critério peca pela necessidade de utilizar outro critério como medida para delimitar a obrigatoriedade da notificação do ato de concentração e pela dificuldade na delimitação jurídica desses mercados específicos. Ademais, não se tem conhecimento da utilização desse critério com o

intuito de resolver esse problema específico da ausência de notificação de concentrações digitais.

Em relação ao critério de valor de operação, o critério obriga a notificação de atos de concentração que, não atingindo os valores de faturamento do critério principal, ultrapassem o valor de corte do valor de operação. Dessa forma, o critério é capaz de capturar as concentrações digitais, pois, ainda que essas concentrações sejam realizadas por empresas com faturamentos baixos, os atos de concentração das empresas digitais apresentam altíssimos valores de operação, em razão, principalmente, da inovação de seus produtos. E, contrariamente ao critério da regra específica, há a comprovação da eficiência na utilização de tal regra para a captura de concentrações digitais, conforme os resultados obtidos da implementação de tal critério na Alemanha e na Áustria. Portanto, ao comparar essas duas hipóteses com chance de êxito na captura das concentrações digitais, o trabalho concluiu pela superioridade do critério do valor de operação em relação ao critério da regra específica.

Com relação à desnecessidade da adoção de um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento no direito do brasileiro, em virtude da existência do critério absoluto de notificação *ex-post*, o trabalho demonstrou a sua ineficiência empírica, além da distorção da lógica da atuação de uma autoridade concorrencial no exercício do controle de concentração. Portanto, como conclusão final do trabalho, defendeu-se a necessidade de implementação do critério do valor de operação no Direito Concorrencial brasileiro com o objetivo de obrigar a notificação de atos de concentração digitais. Ressaltou-se também que esta implementação visa apenas à obrigação da notificação e não à imposição da rejeição de tais concentrações.

Por fim, ressaltamos que o trabalho se limita apenas ao estudo do critério de notificação do controle de concentração brasileiro frente as novidades nos atos de concentração ocasionadas pela Economia Digital. Desse modo, não abordamos demais necessidades de revisão nas análises dos atos de concentração digitais, como a delimitação de *market share* de empresas digitais, adaptação do teste do monopolista hipotético para produtos com preço zero, metodologias de análise de mercados caracterizados por fortes externalidades de rede ou mercados *multi-sided*, entre demais mudanças necessárias no ferramental teórico clássico a fim de se melhor compreender as concentrações digitais. Portanto, concluímos pela deficiência de estudos, principalmente na academia brasileira, sobre as mudanças que a Economia Digital, particularmente a introdução do uso de dados e do Big Data em mercados digitais e não digitais, trazem para a análise do antitruste, seja no controle de concentração, seja no controle de conduta. Esse trabalho espera ajudar a

academia, os profissionais e a sociedade como um todo, a fim de se obter uma melhor compreensão dessas mudanças que afetam nossas vidas a todo o momento.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Maria Arruda de. Reflexões sobre o *More Economic Approach* no Direito Concorrencial Europeu. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Bonn: Bundeskartellamt, 2016. Disponível em: < <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- BAYE, Michael R. **Economia de Empresas e Estratégias de Negócios**. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010.
- BERG, Werner. *Germany*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BESANKO, David A.; BRAEUTIGAM, Ronald R. **Microeconomics**. 2.ed. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2005.
- BIICL. **Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control**. Londres: BIICL, 2017. Disponível em: < <https://www.biicl.org/publications/evaluation-of-procedural-and-jurisdictional-aspects-of-eu-merger-control>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- BORDER, Douglas. **U.S. Antitrust Law and Enforcement: a practice introduction**. New York: Oxford University Press, 2010.
- BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. **Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35(1^o) GWB and Section 9(4) KartG)**. Bonn: Bundeskartellamt, 2018. Disponível em: < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.html>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE; MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES; MINISTERSTWO PRZEDSIĘBIORCZOŚCI I TECHNOLOGII. **Modernising EU competition Policy**. Belim: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2019. Disponível em: < https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- BOURREAU, Marc; STREEL, Alexandre de. **Digital Conglomerates and EU Competition Policy**. Paris: CERRE, 2019. Disponível em: < <https://www.cerre.eu/news/digital-conglomerates-and-eu-competition-policy> >. Acesso em: 18 nov. 2019.
- CABRAL, Márioi André Machado. Houve uma "revolução do antitruste" no Brasil? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

CADE. *BRICKS in the digital economy: competition policy in practice*. Brasília: CADE, 2019. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-sobre-economia-digital-em-reuniao-do-brics>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CARVALHO, Vinícius Marques de. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppen. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2013.

CHICAGO BOOTH. *Report*. Chicago: George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. Disponível em: < <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure---report-as-of-15-may-2019.pdf?la=en&hash=B2F11FB118904F2AD701B78FA24F08CFF1C0F58F>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CMA. *Digital competition expert panel recommendations: CMA views*. Londres: Competition & Markets Authority, 2019. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/publications/digital-competition-expert-panel-recommendations-cma-view> >. Acesso em: 18 nov. 2019.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWIETZER; Heike. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission, 2019. Disponível em: < <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

DECOCQ, Adnré; DECOCQ, Georges. *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2004.

ESTEVAM, André Lucenti. O antitruste e seus fins últimos sob o ponto de vista cosmopolita. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

EUROPEAN COMMISSION. *Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Bruxelas: Directorate-General for Competition, 2016. Disponível em: < https://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html >. Acesso em: 18 nov. 2019.

FALCO, Guilherme de Aguiar. Para além do antitruste: a necessidade de um novo paradigma para a política de concorrência no Brasil. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional**. Disponível em: < <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/132> >. Acesso em: 19 jul. 2019.

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

FORGIONI, Paula A. **Direito Concorrencial e REstrições Verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

FURMAN, Jason. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: Government of United Kingdom, 2019. Disponível em: < <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

HAUCK, Dieter. *Austrian Competition Law Reform and the Value of a Merger in the Digital World*. **Journal of European Competition Law & Practice**, 2018, Vol. 9, No. 5, p. 323-327.

HAWK, Barry; STOLL, Neal R.; SCHWARTZ, Kenneth. *United States of America*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012.

IOOTTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial** : fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. ver. e ampl.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JAEGER JUNIOR, Augusto; JORGE, Mariana Sebalhos. Evolução histórica da aplicação extraterritorial do direito da concorrência brasileiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

LASOK, P. E. Q. C; Holmes, J. *European Union*. In: DABBAH, M.; LASOK, P. E. Q. C. (org.). **Merger Control Worldwide**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press: 2012.

MAGALHÃES, Paulo Germano. **A nova liberdade: o combate aos trustes e cartéis**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1965.

MARQUES, Fernando de Oliveira. A evolução do Antitruste no Brasil. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: MARTINEZ, Ana Paula. **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012. p. 23-67.

MATTOS, César Costa Alves de. Um pouco da história da Lei 12.529/11. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

NUSDEO, Fábio. Um panorama da tutela concorrencial. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

OFT. *Merger Assessment Guidelines*. Londres: Office of Fair Trading, 2010. Disponível em: < https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2019.

PETIT, Nicolas. *Droit Européen de la Concurrence*. Paris: Montchrestein, 2013.

OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. Paris: Directorate for financial and enterprise affairs, 2016. Disponível em: < <https://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

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

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009.

QUEIROZ, Pedro Aurélio de. **Direito Antitruste**: os fundamentos da Promoção da Concorrência. São Paulo: Singular, 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAMOS, Luiz Felipe Rosa; WERRON, Tobias. Concorrência como um conceito histórico-sociológico: trazendo variação para a "evolução do antitruste". In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Evolução ou involução do direito antitruste? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

SAUERMAN, Martin. *The transaction value threshold in Germany: experiences with the new size of transaction test in merger control*. Bonn: Competition Policy International, 2019. Disponível em: < <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-transaction-value-threshold-in-germany-experiences-with-the-new-size-of-transaction-test-in-merger-control/> >. Acesso em: 18 nov. 2019.

SCHOLL, Juliane. *Why the New Merger Control Thresholds in Germany?* **Journal of European Competition Law & Practice**, 2017, Vol. 8, No. 4, p. 219-220.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A Economia da Informação**: como os princípios econômicos se aplicam à internet. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

SHENEFIELD, John H.; STELZER, Irwin M. *The Antitrust Laws: a primer*. Washington D. C.: The AEI Presse, 2001.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

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

TODOROV, Francisco Ribeiro. TORRES FILHO, Marcelo Maciel. *History and competition policy in Brazil: 1930-2010*. **The Antitrust Bulletin**. v. 57, n.2, p. 207-257, 2012.

VARIAN, Hal R. *Microeconomica Analysis*. 3. ed.. New York:W.W. Norton, 1992.

VENANCIO FILHO, Alberto. A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

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

WOLLMANN, Thomas G. *Stealth Consolidation: evidence from na amendment to the Har-Scott-Rodino Act*. *American Economic Review:insights*. vol. 1, n. 1, jun. 2019. p. 77-94.