

JULIANO MARANHÃO
JOSIE MENEZES

ANÁLISE DE IMPACTO DO PL 2768/22 SOBRE SEGURANÇA JURÍDICA



Legal
Wings
institute

O **Legal Wings Institute** é um instituto independente, com atuação autônoma na produção de conhecimento, pesquisa, análise regulatória e promoção de debates públicos sobre direito, tecnologia, inovação, ética e regulação. Sua atuação se desenvolve com independência intelectual e metodológica, por meio da elaboração de estudos, relatórios, eventos, conteúdos e iniciativas de interlocução com diferentes setores.

O Instituto trabalha de forma colaborativa com atores do setor público, privado, acadêmico e da sociedade civil e conta com apoios institucionais, parcerias e patrocínios, que não implicam qualquer compromisso interesses específicos dos parceiros, nem condicionam suas agendas, métodos, análises ou conclusões. Para conhecer mais sobre o Legal Wings e consultar as informações disponibilizadas em seus canais oficiais, incluindo os sponsors/apoiadores do Instituto, acesse o site oficial.

<https://www.legalwings.com.br>

JULIANO MARANHÃO

JOSIE MENEZES

**ANÁLISE DE
IMPACTO DO
PL 2768/22 SOBRE
SEGURANÇA JURÍDICA**

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - ANÁLISE DE IMPACTO DO PL 2768/22 SOBRE SEGURANÇA JURÍDICA	8
1. Introdução e motivação.....	10
2. Metodologia de análise antitruste de condutas unilaterais.....	15
3. Metodologia de identificação de conflitos entre PL 2768 e jurisprudência do CADE para a análise de impacto sobre segurança jurídica.....	22
CAPÍTULO 2 - SELF-PREFERENCING E OUTRAS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS	38
1. Panorama geral da conduta.....	39
2. Considerações sobre a jurisprudência analisada.....	46
2.1 Metodologia de coleta dos casos.....	46
2.2 Análise ex-post pelo CADE de condutas discriminatórias.....	49
3. Extração das regras jurisprudenciais e contraste com o PL 2768.....	60
3.1 <i>Comgás vs Petrobras (PA 08700.002600/2014-30)</i>	70
3.2 <i>THC 2 (PA 08700.005499/2015-51)</i>	72

3.3 <i>Âmbar x Petrobras (IA n. 08700.009007/2015-04)</i>	75
3.4 <i>Google Shopping (PA nº 08012.010483/2011-94)</i>	76
3.5 <i>Caso Veloe contra Conect Car e Sem Parar (IA nº 08700.006268/2018-15)</i>	79
3.6 <i>Caso Programas de Fidelidade de Cias Aéreas (IA n. 08700.001519/2019-48)</i>	81
3.7 <i>Caso Cielo x Linx & Stone (IA 08700.004226/2020-56)</i>	82
3.8 <i>Google Onebox (IA 08700.003211/2016-94)</i>	85
3.9 <i>Google AdWords (PA nº 08700.005694/2013-19)</i>	87
3.10 <i>PTI x Target & ABNT (PA 08012.002917/2002-91)</i>	89
3.11 <i>Enio José Verri x White Martins (IA 08700.003341/2022-75)</i>	91
3.12 <i>BT x Consórcio Vivo, Oi, Claro (PA 08700.011835/2015-02)</i>	93
3.13 <i>Comgás x White Martins (PA nº 08012.011881/2007-41)</i>	95
3.14 <i>Semasa x Sabesp (IA 08700.011091/2015-18)</i>	97
3.15 <i>Videolar-Innova x Braskem (PP 08700.000511/2018-83)</i>	99
3.16 <i>PA Alarmes automotivos (PA 08012.005009/2010-60)</i>	101
3.17 <i>Antaq x OGMOS de portos do Pará (PA 08700.008751/2015-83)</i>	103
3.18 <i>Discriminação no transporte de valores (IA 08700.004681/2019-18)</i>	104
4. <i>Conclusão sobre a análise de impacto para a conduta de self-preferencing</i>	106

REFERÊNCIAS	124
--------------------------	-----

ANEXO -REPORT ON THE IMPACT OF BILL 2768 ON LEGAL CERTAINTY: SUMMARY OF THE FINDINGS	128
---	-----

CAPÍTULO 1

ANÁLISE DE IMPACTO
DO PL 2768 / 22 SOBRE
SEGURANÇA JURÍDICA

1. INTRODUÇÃO E MOTIVAÇÃO

Mercados em crescimento, pautados por rápida dinâmica de desenvolvimento e inovação, dependem de constantes investimentos privados, fator que pressupõe segurança jurídica quanto às regras que disciplinam sua atuação no mercado.¹

Dentre essas regras, e ocupando lugar central, estão aquelas concernentes ao jogo competitivo, que preservam a liberdade de concorrência e a livre iniciativa. Tais regras não apenas limitam o desenvolvimento de estratégias de negócio que possam ser consideradas abusivas ao direito de livre iniciativa empresarial, como sinalizam aos demais atores do mercado em que hipóteses buscar a proteção da autoridade concorrencial, dentro também de sua estratégia de reação a condutas mercadológicas de seus rivais. Regras claras sobre essas hipóteses e alternativas de atuação no mercado são, portanto, fundamentais para o desenvolvimento dos mercados relativos aos diferentes tipos de serviços prestados no ambiente digital, que são marcados por essa dinâmica de crescimento e inovação.

O regramento, no Brasil, sobre a dinâmica de competição nos diferentes mercados, bem como as hipóteses de comportamentos abusivos e infratores à concorrência, deriva do fundamento constitucional de proteção da livre iniciativa (art. 170, caput) e dos princípios de proteção à concorrência e proteção aos consumidores (art. 170, incs IV e V) e se consubstancia nas previsões presentes na Lei 12529/11 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC). A linguagem da LDC é permeada por conceitos indeterminados, como “*abuso de posição dominante*”, “*limitação*” ou “*falseamento da concorrência*”, aliada a uma lista exemplificativa de tipos de práticas, também com delineamentos abstratos, como forma de

¹ Veja neste sentido: MENDES, Maria Cristina Varalla e RODRIGUEZ, Caio Farah. Notas sobre a alocação de riscos e garantias contratuais. Em Fundamentos e Princípios dos contratos empresariais. Coordenador Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva-FGV, 2007; ARIDA, P., BACHA, E., LARA- RESENDE, A. Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, F., GOLDFAJN, I., HERRERA, S. (orgs.). Inflation targeting, debt and the Brazilian experience. MIT Press, 1999 a 2003.

caracterizar infrações à ordem econômica. Tal formulação normativa é intencional e segue a experiência legislativa internacional (em particular a estadunidense e europeia) como forma de abarcar, em legislação transversal, aplicável a diversos setores de atividade econômica, toda a complexidade de diferentes tipos de conduta em diversos contextos com estruturas e dinâmicas de mercado também distintas.

Por se aplicar não só a mercados regulados, como a todos os setores de atividade econômica que se desenvolvem em regime livre, seria pretensioso delimitar previamente um conjunto fixo de ações permitidas ou proibidas, sob hipóteses definidas *ex-ante*. Daí o arranjo institucional de repressão ao abuso ao poder econômico previsto na Constituição (CF 88 art. 174, §3º) adjudicar competência a um tribunal administrativo com discricionariedade técnica para, a partir de uma análise contextual, avaliar a atuação de agentes econômicos dentro de cada estrutura possível de mercado. Ou seja, a metodologia, que será melhor descrita adiante, consiste em um conjunto de critérios de análise contextual e *ex-post*, que examina os potenciais efeitos da prática dentro da estrutura de cada mercado e considerando sua dinâmica competitiva.

Alcança-se, assim, segurança jurídica por meio da atuação permanente e coerente da autoridade antitruste, no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, na aplicação dessa metodologia transparente de análise, por meio da qual os agentes econômicos podem se pautar, tanto para avaliar a própria conduta e estratégias planejadas de ação no mercado, como para reagir à conduta dos rivais. A estabilidade dessa jurisprudência administrativa é fundamental para a preservação da dinâmica de investimento e inovação nos mais diferentes mercados.

Nesse quadro de atuação do CADE, ao longo de 60 anos de existência, atualizado pela revisão recente da legislação antitruste, em 2011, surge a proposta, em 10 de novembro de 2022, do Projeto de Lei 2768/22 para regular a concorrência nos chamados “mercados digitais”. O projeto inspira-se em legislação recentemente aprovada na Comunidade Europeia, o chamado *Digital Markets Act* – DMA, construído a partir de uma série de

punições e investigações promovidas pela Comissão Europeia de empresas em diferentes serviços prestados no ambiente online. Mesmo correndo o risco de demasiada simplificação de um documento complexo, é possível afirmar que o DMA abstrai de casos de investigação ou condenação um conjunto de regras obrigacionais ou proibitivas aplicáveis a “mercados digitais”². Ou seja, condenações ou investigações conduzidas a partir da metodologia de análise antitruste em determinado contexto, para tipos diferentes de serviços online, são generalizadas, de modo coerente com a jurisprudência europeia, como práticas proibidas *ex ante*, em determinadas hipóteses, previamente definidas.

Por exemplo, a obrigação de “*garantir que usuários comerciais possam oferecer seus produtos e serviços em app stores, mecanismos de busca e redes sociais definidos como essenciais em condição de igualdade com aqueles produtos e serviços oferecidos pelo gatekeeper*”, uma das variantes de *self-preferencing* que o DMA pretende coibir, consiste em generalização da condenação do Google, no caso Google Shopping³ em que a apresentação dos resultados de busca no google Search já apresentava fotos de produtos de seu comparador de preços, condição não oferecida a comparadores de preços rivais (a mesma prática foi considerada legítima pelo CADE)⁴.

De modo semelhante, embora de forma mais vaga e genérica, a versão atual do PL 2768/22⁵, em seu art. 10, proíbe determinadas condutas

2 UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document – Impact Assessment Report – Proposal for The Digital Markets Act*. Bruxelas, 2020, Anexo 5.6; AKMAN, P. Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act. *European Law Review*, v. 47, n. 1, p. 85–115, 2022, pp. 86-87.

3 COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust Cartel Cases: 39740 Google Search (Shopping). 27 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3dBy2HK>. Acesso em: 18.06.2024

4 O caso Google Shopping será analisado detalhadamente no Capítulo 2.

5 Atualmente o Projeto de Lei se encontra na Comissão de Desenvolvimento Econômico da Câmara dos Deputados, aguardando a elaboração de parecer legislativo pela Deputada Any Ortiz. Após sua eventual aprovação nessa etapa, texto legislativo ainda deverá passar pela Comissão de Finanças e Tributação, pela Comissão de Comunicação e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

por agentes que detenham “poder de controle de acesso significativo” no ambiente digital – conceito que, como se verá adiante, não se confunde com poder de mercado, no sentido tradicional de análise antitruste. As condutas de mercado tornadas obrigatórias pelo PL 2768/22 são:

- i. dar tratamento isonômico e não discriminatório na oferta de serviços,
- ii. utilizar adequadamente os dados obtidos no exercício de suas atividades e
- iii. não recusar provisão de acesso a plataforma digital.

Apesar de serem obrigações genéricas, que abrem margem para interpretação, a regulação proposta altera significativamente a forma de análise, ao impedir determinadas estratégias de mercado pelos agentes que sejam considerados detentores de “poder de controle de acesso significativo”. Ou seja, diferentes serviços online, prestados em regime livre, passariam a integrar mercados regulados em que a liberdade de diferenciação dos modelos de negócio e tipos de estratégia de atuação, aspecto chave para a dinâmica competitiva em mercados de inovação tecnológica, passa a ter restrições. Apesar de o PL 2768/22 não trazer restrições a práticas de precificação ou impor a oferta de determinados serviços, como ocorre em determinados setores regulados de infraestrutura, ao impor tratamento isonômico de modo categórico, limitando diferenciações de oferta e ao controlar o que seria “uso adequado” de dados, interfere no cerne do modelo de negócio de diferentes serviços prestados no ambiente digital, que, em grande parte, são gratuitos e baseados na coleta e processamento de dados para a criação de ofertas e serviços direcionados a grupos ou perfis de clientes e mesmo ofertas e serviços personalizados. Ou seja, trata-se de intervenção significativa em diferentes tipos de serviço no ambiente digital.

Por outro lado, a regulação proposta não se refere a determinado mercado em que seria detectada alguma falha na dinâmica de concorrência,

mas a “mercados digitais”, o que abrange diferentes mercados e diferentes tipos de serviço. Ou seja, trata-se também de uma regulação uniforme e transversal, mas com abordagem de regulação prévia e condicional. Considerando-se que a digitalização atingirá todos as áreas da economia e setores produtivos, tal opção pela regulação *ex ante* transversal pode trazer impacto significativo sobre a economia, tendo em vista que em diferentes contextos, aquelas práticas, mesmo pelos chamados “*gatekeepers*”, poderiam não implicar dano à concorrência ou trazer eficiências e aumento de bem-estar aos consumidores finais.

Uma forma de mensurar esse impacto está na análise da própria jurisprudência do CADE, que considera esses fatores contextuais em sua metodologia, contrapondo-a, em casos relevantes, a qual seria o resultado pela aplicação das regras propostas.

Ou seja, para a análise de impacto do PL 2768 sobre a segurança jurídica, temos como principal elemento a verificação de conflitos potenciais entre as regras dessas duas fontes normativas. A existência de potenciais conflitos em leis distintas, a serem aplicadas por autoridades diferentes, aumenta a probabilidade de conflitos normativos e confrontos institucionais na aplicação das diferentes leis. Isso sem falar na indefinição sobre como o Judiciário deverá interpretar e aplicar as regras de múltiplas fontes na revisão de decisões do CADE e da ANATEL sobre condutas nesses mercados.

Tal método de análise de conflitos normativos entre a jurisprudência do CADE e o PL 2768, portanto, indica:

- I. o grau de segurança jurídica, tendo em vista que o PL 2768 propõe a convivência da aplicação das obrigações nele previstas pela ANATEL com o exercício das competências pelo CADE na aplicação, de modo que a observação de conflitos com os precedentes já julgados permite presumir conflitos futuros;
- II. impactos sobre a economia e bem-estar na medida em que apure os falsos positivos que seriam resultado da aplicação das

obrigações fixadas no PL, sem a consideração de fatores contextuais que poderiam não implicar dano à concorrência ou trazer eficiências e bem-estar aos consumidores finais.

O presente relatório pretende fazer essa análise de impacto a partir do exame das condutas obrigatórias pelo PL2768 *vis a vis* a jurisprudência do CADE relativa a tais condutas, seja no ambiente físico, seja no ambiente digital, nos últimos 10 anos.

O Relatório não se limitará apenas às condutas previstas de modo genérico no PL2768 (discriminação, uso inadequado de dados pessoais, recusa de acesso), mas também contemplará a generalização de duas condutas previstas no DMA europeu como venda casada e cláusula de nação mais favorecida, considerando a evolução do debate legislativo brasileiro e a influência da legislação europeia. Contemplaremos, assim, as seguintes condutas:

- I. discriminação (no sentido amplo de *self-preferencing*)
- II. recusa de acesso à infraestrutura
- III. tratamento inadequado de dados pessoais

No próximo item, faremos breve apresentação da metodologia de análise antitruste *ex-post* para condutas unilaterais. Em seguida, apresentaremos em detalhe o método de análise comparativa entre o PL e a jurisprudência.

2. METODOLOGIA DE ANÁLISE ANTITRUSTE DE CONDUTAS UNILATERAIS

Condutas unilaterais são investigadas e avaliadas no direito antitruste brasileiro sob a perspectiva da *regra da razão*, assim como as demais práticas unilaterais de mercado. Em síntese, a regra da razão pode ser entendida no contexto brasileiro como perspectiva de análise que estabelece a ponderação

da conduta como um meio para uma finalidade cuja legitimidade é examinada (GONÇALVES, 2016). Isso decorre da própria estrutura de tipificação aberta prevista no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, que permite que o CADE avalie as condutas investigadas a partir de seus efeitos. Assim, segundo a metodologia antitruste, empregada pela jurisprudência do CADE, há três questões-chave a esclarecer para que haja a caracterização de infração, ou seja, para que a discriminação praticada no mercado seja considerada abusiva e, portanto, anticoncorrencial.⁶

- I. Primeiro, deve-se examinar se a conduta efetivamente tem o potencial de trazer efeitos exclusionários ou criar barreiras à entrada de concorrentes no mercado. Tal análise pressupõe a compreensão da estrutura e dinâmica do mercado em questão, avaliando se o agente econômico teria **poder econômico** suficiente para falsear a concorrência.
- II. Segundo, deve-se examinar se há **justificativas legítimas de negócio** para praticar a discriminação. Aqui consideram-se outros valores protegidos pela ordem jurídica que, em análise de proporcionalidade, podem se sobrepor ao interesse coletivo na proteção à concorrência.
- III. Terceiro, deve-se examinar se a conduta traz **eficiências econômicas compensatórias**, capazes de proporcionar melhorias para o produto ou serviço em questão ou aumento de bem-estar, particularmente com efeitos que possam ser percebidos pelos consumidores.

⁶ Destaca COLANGELO (2023, p. 7) que, em si, a discriminação não é necessariamente problemática para a teoria antitruste: (...) discrimination is not, in itself, problematic from the point of view of competition law. As a consequence, not every disadvantage that affects some customers of a dominant firm will amount to an anticompetitive effect; competitive disadvantages cannot be presumed. Antitrust enforcers are instead **required to consider all the circumstances of the relevant case, assessing whether there is a strategy to exclude from the downstream market a trading partner that is at least as efficient as its competitors.** (grifo nosso)

A partir de tal metodologia de análise, conforme será melhor detalhado adiante, uma série de práticas de diferenciação de condições de comercialização, mesmo entre partes relacionadas, de um lado, e concorrentes, do outro, podem e foram efetivamente consideradas legítimas pelo CADE.

Conforme destaca o Guia de *Compliance* do CADE (2016, pp. 38-39), a avaliação de práticas de diferenciação passa pela avaliação de sua necessidade e proporcionalidade frente aos benefícios financeiros desejados pelos *players*, especialmente aqueles relacionados à proteção do investimento que viabilize esses benefícios, bem como pela análise de potenciais vantagens para os usuários finais, sobretudo em termos de preços melhores, bens e serviços de maior qualidade e maior inovação. Segundo a análise do CADE, em linha com a jurisprudência internacional e a literatura anti-truste, agrupam-se os elementos justificadores relacionados às práticas de discriminação (e demais práticas unilaterais) nas três grandes categorias acima indicadas, cuja especificação vem sendo pormenorizada na análise caso a caso, com parâmetros bastante sofisticados: (i) **risco de dano concreto da prática**; (ii) **modelo de negócio avaliado no caso concreto** e (iii) **eventuais eficiências decorrentes da prática**.

No que se trata da **primeira categoria justificadora**, qual seja, aquela relacionada ao risco de dano, fala-se de justificativas derivadas da análise de características gerais do mercado que permitem, ao final, a possibilidade de construção de argumentação no sentido de que não há potencial de dano derivado da conduta analisada. Em outras palavras, trata-se da análise de elementos concretos do mercado analisado, tais como: (i) avaliação do poder de mercado do *player* em questão⁷; (ii) presença de agentes rivais (*i.e.*, concorrentes já atuantes no mercado) e de sua

7 O poder de mercado do agente econômico será avaliado a partir de sua participação de mercado. Segundo o §2º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, 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% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia

capacidade de exercer contestabilidade no mercado analisado (*i.e.*, fazer frente ao player sob análise no mercado); (iii) e presença de concorrência potencial, entendida como a avaliação das possibilidades e probabilidades de entrada de novos competidores efetivos no mercado em questão.

Sendo assim, a primeira etapa de análise de uma prática discriminatória pela *regra da razão* envolverá a análise das condições estruturais do mercado. Nessa primeira fase, caso o *player* em questão não detenha participação de mercado significativa, é provável que o CADE não siga com a análise da conduta unilateral avaliada, visto não haver risco de abuso de posição dominante. Caso o agente possua participação de mercado significativa, a autarquia seguirá com o aprofundamento da análise, diante do risco de abuso de posição dominante. Contudo, ressalta-se ser possível que, a depender das condições do caso concreto, a autarquia opte por seguir com a investigação mesmo não detendo o agente participação de mercado expressiva, mas havendo outros indicativos de posição dominante. Destaca do Guia de Compliance do CADE (2016, pp. 37-38):

- a) **A detenção de participação de mercado expressiva é o indício mais importante, embora não suficiente, das análises unilaterais e restrições verticais.** Outros aspectos importantes que podem ser levados em conta são:
 - b) a capacidade de concorrentes atenderem a clientes / consumidores objeto da política comercial por meio de bem e serviços substitutos; em regra, quanto menos concorrentes tiverem tal capacidade, maior o poder de mercado da empresa;
 - c) a participação de mercado dos outros agentes econômicos, ou seja, o grau de concentração do mercado como um todo;
 - d) o nível de verticalização do mercado como um todo e do agente econômico em particular;
 - e) a capacidade de novas empresas entrarem no mercado (inclusive via importações ou transporte de outras regiões), ou de as empresas já presentes expandirem sua produção/oferta; em regra, quanto mais difícil for a entrada no mercado ou a expansão da oferta, maior o poder de mercado da empresa;

rivalidade remanescente no mercado, ou seja, se os outros agentes de mercado são rivais aguerridos, a ponto de conseguirem limitar um eventual aumento de preços da empresa, o seu poder de mercado provavelmente é menor.

Caso o CADE entenda pela necessidade de avançar para a próxima etapa de análise da prática (*e.g.*, no caso de haver presunção de posição dominante do *player* em questão), passa-se então à **segunda categoria de justificativas**, que trata da avaliação das características concretas do modelo de negócios praticado pelo agente avaliado. Em outras palavras, nessa segunda etapa, a autoridade fará a avaliação da prática de mercado do agente econômico para, em conjunto com a análise das condições de mercado já realizada na primeira etapa, ponderar sobre a existência de justificativas razoáveis para as práticas de diferenciação sob escrutínio.

Nesse sentido, ZINGALES e JAROLAVSKY (2022) elencam, após extenso levantamento jurisprudencial, alguns elementos do modelo de negócios que podem ser enumerados como defesas já aceitas pelo CADE para afastar a ilicitude de práticas unilaterais. Destacam-se:

- I. **Razões de saúde e/ou segurança associadas aos produtos/serviços:** a autoridade pode entender que determinada prática unilateral é justificável caso necessária para a proteção dos consumidores ou para a segurança dos produtos ou serviços (*e.g.*, recusa no fornecimento de peças de reposição para a manutenção de helicópteros como meio de proibir vendas a oficinas não autorizadas, no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007505/2002-48⁸);
- II. **Cumprimento de normas setoriais e da legislação aplicável:** o CADE pode entender que determinada prática unilateral ocorre como decorrência de regulação do setor ou legislação específica, e

8 Processo Administrativo nº08012.007505/2002-48. (Representante: Líder Signature S.A.; Representada: Helicópteros do Brasil S.A. — Helibrás).

não como resultado de abuso de poder econômico (*e.g.*, imposição de desconto padrão previsto em lei a agências de propaganda por parte de entidade reguladora do setor publicitário, no âmbito do Processo Administrativo no 08012.008602/2005-09⁹);

III. Reforço das preferências dos consumidores: a autarquia pode entender que determinada prática unilateral é justificável caso a geração de melhores condições para os consumidores seja uma justificativa plausível para a preferência do público (*e.g.*, práticas de zero rating com base no perfil dos usuários no setor de telecomunicações, no Inquérito Administrativo no 08700.004314/2016-71¹⁰);

IV. Resposta legítima à mudança das condições de mercado: o CADE pode entender que a prática unilateral é uma reação às mudanças das condições de mercado (*e.g.*, redução de preços como reação à entrada de medicamentos genéricos no mercado, bem como à redução dos preços dos concorrentes, no Processo Administrativo no 08012.007147/2009-40¹¹).

Portanto, é possível concluir pela licitude de práticas discriminatórias mesmo quando haja poder de mercado do agente e potencial anticompetitivo, se estiverem presentes justificativas legítimas de negócio exemplificadas nos precedentes acima elencados.

Mas mesmo ausente justificativas negociais, ou talvez como uma forma de justificativa que ganha uma conotação econômica, é possível

⁹ Processo Administrativo nº 08012.008602/2005-09. (Representante: SDE ex-offício; Representado: Conselho Executivo de Normas-Padrão — CENP).

¹⁰ Inquérito Administrativo nº 08700.004314/2016-71. (Representante: Ministério Público Federal junto ao Cade; Representadas: Claro S.A., Tim Celular S.A., Oi Móvel S.A. e Telefônica Brasil S.A.)

¹¹ Processo Administrativo na 08012.007147/2009-40. (Representantes: EMS S.A. e Germed Farmacêutica Ltda.; Representadas: Genzyme do Brasil Ltda. E Genzyme Corporation).

considerar lícita uma discriminação com potencial danoso e sem justificativa negocial, caso a prática tenda a proporcionar eficiências compensatórias.

ZINGALES e JAROLAVSKY (2022) destacam as seguintes subcategorias de eficiências aceitas pela jurisprudência mais recente do CADE:

- I. a economia dos custos de transação;
- II. a proteção contra comportamentos oportunistas (*free riding*);
- III. o oferecimento de serviços de maior qualidade para os consumidores finais e/ou introdução de um novo produto mais eficiente no mercado, capaz de gerar benefícios aos consumidores.

Como destacam os autores, o CADE parece também propenso a reconhecer as chamadas eficiências dinâmicas, ligadas a condições que viabilizem ou estimulem a inovação tecnológica no mercado, o que é particularmente relevante, quando consideramos os mercados digitais.¹²

A concorrência dinâmica parte da premissa de que o mercado se desenvolve a partir do objetivo dos agentes econômicos de obter lucros extraordinários, o que exige das empresas constante diferenciação na oferta de produtos e serviços e, portanto, investimento em inovação. A partir disso, numa perspectiva schumpeteriana, a intervenção estatal no domínio econômico deve considerar os benefícios de longo prazo da concorrência dinâmica, ainda que num cenário inicial de concentração de mercado pelas empresas líderes, tendo em vista que desse movimento há maior desenvolvimento tecnológico, sendo da regra do jogo que alguns concorrentes,

¹² Além disso, o Cade parece estar aberto à aceitação de eficiências dinâmicas, incluindo a introdução de novos produtos e melhorias em qualidade e inovação. Esses elementos são particularmente relevantes para EPDs (“Ecossistemas de Plataformas Digitais”, inclusão nossa), dadas suas capacidades dinâmicas, que estão associadas à sua “capacidade de integrar, construir e reconfigurar competências internas e externas para lidar com ambientes que mudam rapidamente” e importantes para “alcançar novas e inovadoras formas de obter vantagens competitivas”. (ZINGALES, JAROLAVSKY, 2022, pp. 203-204).

menos eficientes, não consigam permanecer no mercado.¹³ Embora a teoria da concorrência dinâmica possua explicações a partir de diferentes perspectivas teóricas, parece haver convergência no sentido de que as autoridades da concorrência devem compreender os mercados considerando potenciais ganhos de bem-estar do consumidor a longo prazo, sendo essa postura especialmente relevante nos mercados intensivos em tecnologia.

Nessa perspectiva, devem ser avaliadas pela autoridade antitruste as eficiências dinâmicas, que decorrem do processo de criação e de desenvolvimento de produtos inovadores ao longo do tempo e que se relacionadas a ganhos não-preço, ainda que em detrimento de eficiências estáticas, i.e., aquelas que avaliam vendas, custos e preços dos produtos atuais.¹⁴

3. METODOLOGIA DE IDENTIFICAÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PL 2768 E JURISPRUDÊNCIA DO CADE PARA A ANÁLISE DE IMPACTO SOBRE SEGURANÇA JURÍDICA

Como indicado na introdução, o presente Relatório fará a análise de conflitos entre a jurisprudência do CADE na aplicação da Lei de Defesa da Concorrência e as obrigações previstas no PL 2768/22, tendo em vista que o próprio PL não revoga dispositivos da legislação antitruste, preservando tanto as regras da LDC quanto as competências do CADE, em paralelo à obrigações *ex ante* e nova competência da ANATEL.

A LDC, como já indicado, tem cláusulas abertas e elencos de tipos de conduta, que, na prática da jurisprudência do CADE, não permitem meras subsunções, mas dependem de metodologia de análise contextual e *ex post* que comporta as seguintes etapas:

¹³ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre o abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp.53-54.

¹⁴ *Idem*, p. 71-72.

- I. a verificação e comprovação da ocorrência da conduta discriminatória;
- II. a análise da estrutura de mercado e poder de mercado das empresas envolvidas na conduta;
- III. a existência de justificativas razoáveis de negócio;
- IV. o efetivo potencial de dano ao mercado ou aos consumidores;
- V. a presença ou não de eficiências ao mercado ou benefícios aos consumidores capazes de compensar danos potenciais identificados.

A metodologia tradicional na análise antitruste empregada pelo CADE vem sendo questionada frente aos desafios trazidos por mercados em que condutas ou mesmo operações de concentração econômica estão ligadas a serviços digitais. Portanto, o CADE não está alheio a essas transformações e vem debatendo o tema não só de modo teórico em seminários e documentos de estudo¹⁵, como também em precedentes no

¹⁵ Exemplos de eventos internacionais e regionais sobre mercados digitais nos quais o Cade colaborou, conforme destacado no Relatório Integrado de Gestão do CADE:

1. Antitrust Global Seminar Series, Estados Unidos;
2. ICN UCWG Workshop 2023, Japão;
3. Workshop sobre abuso de posição dominante e análise de fusões verticais com o Prof. Richard Whish, Brasil;
4. Chief/Senior Economist Workshop 2023, Noruega;
5. Reuniões do Comitê de Concorrência da OCDE, França;
6. Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE/UNCTAD), Suíça;
7. Fórum Latino-Americano do Caribe de Concorrência (LACCF), Equador;
8. Assembleia Anual do Grupo de Agências de Concorrência das Américas (GrACA), Equador;
9. Brics Head of Competition Authorities, África do Sul;
10. 22a Conferência Anual da ICN, Espanha;
11. 8th Brics International Competition Conference 2023, Índia;
12. XI Reunião Anual do Grupo de Trabalho sobre Comércio e Concorrência do Sistema Econômico Latinoamericano (Sela), República Dominicana;

setor digital, com especial ênfase ao papel dos dados e controle de acesso a dados na economia digital,¹⁶ além de ter se posicionado em Consulta Pública promovida pelo Ministério da Fazenda sobre regulação de concorrência em mercados digitais, na qual o CADE defendeu a possibilidade de obrigações *ex ante*, não exatamente nos termos do PL 2768/22, porém com *enforcement* pelo próprio CADE.¹⁷

Portanto, de um lado, não temos um conjunto de regras condicionais, mas uma série de precedentes do CADE que resultam na aplicação da metodologia de análise antitruste. Precisamos então de metodologia para, a partir do racional decisório, extrair regras condicionais abstratas que reflitam os julgados para cada conduta relevante.

Empregaremos, assim, método lógico usado na representação computacional de raciocínio jurídico em modelos de inteligência artificial aplicados a direito, com extração de regras baseadas em fatores a partir de “*case based reasoning*”.¹⁸ Descrevendo de modo simplificado, o

13. Brics+Digital Competition Forum, Brasil;

14. Fórum Global de Concorrência 2023, França.

16 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasília: Cade, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020>; BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). BRICS in the digital economy: Competition Policy in Practice. 2nd Report. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2024/BRICS%20Digital%20Economy.pdf>;

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Mercados de Plataformas Digitais. Parte da série “Cadernos do Cade”. 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas_Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 23/04/2024

17 CADE. Contribuição do CADE à Tomada De Subsídios para regulação de plataformas digitais do Ministério Da Fazenda. Disponível em: <https://conselhodigital.org.br/wp-content/uploads/2024/05/contribuicoes-cade-1.pdf>. Acesso em 23/04/2024.

18 Ashley, Kevin. “Case-based reasoning.” *Information technology and lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2006. 23-60.. Kolodner, An introduction to case based reasoning, Artificial

método consiste identificar fatores (*factors*), que são generalizações de propriedades presentes no caso concreto julgado, consideradas relevantes na justificação presente no voto condutor, e relacioná-los ao resultado da decisão: condenação ou arquivamento pelo CADE. Tais fatores podem ser razões a favor da condenação, ou razões contra a condenação (a favor do arquivamento). Assim, por exemplo, a detenção de poder econômico em determinado mercado do agente é uma razão necessária a favor da (contribui para a) condenação, muito embora não seja suficiente para tanto. Sendo razão para a condenação, a prática da conduta (e.g. discriminação) pode ser extraída como uma das condições relevantes para a proibição daquela conduta. Por sua vez, a ausência de poder de mercado é, em geral, considerada uma razão e condição suficiente para o arquivamento, de modo que sua presença, ligada ao resultado de arquivamento, permite a extração da regra segundo a qual a ausência de poder econômico do agente no mercado analisado implica que a conduta em questão é permitida.

Mas outras características presentes no caso podem, apesar da detecção de poder de mercado, afastar a condenação, o que permite generalizá-las em termos de fatores relevantes a favor do arquivamento e, portanto, da admissibilidade da conduta, naquele contexto.

Assim, dado um julgado, identifica-se, em primeiro lugar, qual a conduta ou ação analisada (discriminação, venda casada, tratamento inadequado de dados, recusa de acesso, etc.). Se o voto condutor conclui pelo arquivamento, então a regra resultante da extração será a permissão daquela conduta. Se o voto concluir pela condenação, então a regra resultante será a proibição da conduta. A proibição ou permissão da ação, são, portanto, o conseqüente da regra condicional. Em seguida, são ponderadas as razões identificadas como fatores que levariam à condenação, versus

Intelligence Review, 6, 3-34. 1992. Di Florio, Cecilia, et al. "Finding Factors in Legal Case-Based Reasoning." *Logics for AI and Law* 23: 175-92. Horty, John F., and Trevor JM Bench-Capon. "A factor-based definition of precedential constraint." *Artificial intelligence and Law* 20 (2012): 181-214.

as razões que justificariam o arquivamento, de modo a especificar quais seriam os fatores presentes no antecedente da regra condicional.

Por exemplo, no caso Google Shopping, julgado pelo CADE, o exame do passo a passo da metodologia presente no voto condutor do arquivamento permite identificar que, apesar da detecção de poder de mercado, incentivos à exclusão, e mesmo da exclusão efetiva de agentes concorrentes (ambos fatores adicionais a favor da condenação), o caso foi arquivado. Portanto, conclui-se que a discriminação na exposição dos produtos no resultado de busca foi permitida, identificando-se como razões (fatores) a favor do arquivamento: o benefício aos clientes anunciantes em plataformas (maior conversão de compras) e aumento de qualidade aos consumidores finais (maior agilidade na busca). Nesse caso, permite-se extrair a regra:

Ainda que haja poder de mercado, incentivo à exclusão e danos a concorrentes, mesmo que não haja justificativa comercial para a discriminação e não haja competição na oferta do serviço, se há benefícios ao mercado, como maior conversão de compras aos clientes anunciantes em plataformas e aumento de qualidade aos consumidores finais, então a discriminação de exposição de resultados de busca é permitida.

O trecho escrito em **vermelho** traz os fatores que são razões contributivas para a condenação, ao passo que os fatores escritos em **azul**, são razões contributivas para o arquivamento, que se sobrepuseram às anteriores, levando ao arquivamento e, assim, como regra abstrata extraída, à permissão da conduta discriminatória.

Para cada conduta analisada neste Relatório será, então, (i) descrita a metodologia de busca para identificação dos precedentes referentes àquela conduta, em seguida, feita uma análise da aplicação da metodologia antitruste para os principais casos encontrados (leading cases) e, ao final,

feita a extração das regras abstratas correspondentes a cada precedente levantado para aquele tipo de conduta.

Essas regras serão contrastadas à regra presente no PL 2768/22 relativo à mesma conduta para verificar se haveria ou não conflito entre a legislação proposta e a jurisprudência do CADE. Há conflito quando, para o mesmo conjunto de fatores relevantes ou condições de aplicação, uma regra proíbe e a outra permite a mesma conduta, ou quando uma regra proíbe e outra obriga a mesma conduta.¹⁹

Ocorre que, como já indicado, a redação do PL 2768/2022 é bastante genérica nas condutas, que, no artigo 10, vêm descritas como obrigações categóricas (não discriminar, tratar adequadamente os dados, dar acesso à plataforma), além de não ficar claro qual o papel e “status” normativo do artigo 11, que traz ponderações a serem feitas na imposição dessas obrigações. Tal limitação impõe alguns passos para estruturar as regras correspondentes à combinação entre os artigos 10 e 11 do PL 2768/22.

Adicione-se a essa dificuldade o fato de as obrigações serem aplicadas aos chamados “detentores de poder de controle de acesso essencial” pelo PL, o que é atribuído a empresas que satisfaçam a critério objetivo de faturamento, o que não se confunde com detenção de poder de mercado. Obviamente, nem todas as plataformas que prestam serviços online e atendam ao critério de faturamento detém poder de mercado. Um exemplo nesse sentido é a Amazon, que no Brasil, sequer chega a ser líder no varejo online, distintamente de outros mercados, como E.U.A ou na Europa, em que se aponta que a empresa deteria posição dominante. Assim, a aplicação das obrigações/proibições²⁰ previstas no art.10, sem a avaliação de poder de mercado, levaria a condenações de práticas que seriam arquivadas pelo CADE, quando ausente esse fator, que é condição necessária para condenação.

Como a análise de poder de mercado é crucial na metodologia antitruste, esse fator aparece como relevante em todas as regras extraídas

¹⁹ Alchourron, C. e Bulygin, E, Normative Systems, Springer, 1971.

da jurisprudência, o que, já de imediato, mostra uma incompatibilidade entre as regras geradas pela extração jurisprudencial e as regras geradas pela combinação entre o art. 10 e 11. Assim, a análise aqui desenvolvida vale apenas para as hipóteses e contextos em que empresas consideradas “*detentoras de poder de controle de acesso essencial*”, pelos parâmetros do PL, deteriam também poder de mercado em seu respectivo serviço prestado online.

Feito esse esclarecimento, deve-se examinar o art. 11, cujo texto é transcrito abaixo:

“Art. 11 Na atribuição das obrigações previstas no art. 10 desta Lei serão considerados, entre outros.

- adoção de critérios técnicos, isonômicos e não arbitrários;*
- imposição de obrigações específicas para cada modalidade de plataforma digital, de acordo com suas características;*
- intervenção proporcional ao risco existente;*
- avaliação dos impactos, custos e benefícios das imposições;*
- nível de competição na oferta de cada modalidade de plataforma digital.”*

Não fica claro como deve ser interpretado o art. 11. Por atribuição das obrigações, entende-se a aplicação do art. 10 pela autoridade competente. Porém, qual seria a força normativa das “considerações” a serem feitas pela autoridade? Há, aqui, duas interpretações possíveis:

A primeira delas, é que se trataria de considerações discricionárias a serem feitas pela autoridade na dosimetria das penas a serem aplicadas. Nesse caso, que chamaremos de **Cenário 1 (C1)**, as obrigações presentes no artigo 10 permaneceriam categóricas, ou seja, para agentes detentores de poder de controle de acesso essencial, é proibido discriminar, tratar inadequadamente dados pessoais e recusar acesso à plataforma. Porém, a pena a ser imposta quando verificada a inobservância dessas regras será modulada conforme os parâmetros previstos no inciso. Neste cenário, as regras extraídas da jurisprudência do CADE são sempre conflitantes com

o PL 2768/22, considerando que, em todos os precedentes do CADE, a aplicação da metodologia antitruste levou à condenação ou arquivamento a partir da identificação de fatores relevantes a favor ou contra a condenação, o que é próprio da análise pela regra da razão em condutas verticais, na qual as proibições ou permissões dessas práticas são sempre condicionais. A contradição de uma proibição categórica de não discriminar com uma regra condicional extraída mesmo de precedente condenatório da prática está sempre presente, uma vez que, como *ratio decidendi*, deve-se entender que ausentes, no caso, as condições a favor da condenação, a conduta condenada deveria ter sido arquivada, portanto, naquelas condições, prática seria permitida, caracterizando o conflito, em todas as hipóteses possíveis de aplicação do PL 2768/22.

Ou seja, o **Cenário 1** é um cenário de *insegurança jurídica total*, com a expectativa de conflito para toda aplicação da legislação de defesa da concorrência para práticas comerciais nos serviços prestados em ambiente digital. Independentemente do arquivamento, pelo CADE, das práticas em desacordo com as obrigações categóricas do PL 2768/22, haveria imposição de penalidade pela ANATEL, discutindo-se apenas a dimensão da pena. Empresas condenadas pela ANATEL e que tiveram seu processo arquivado pelo CADE poderiam recorrer ao judiciário, tratando-se exatamente da mesma prática e proteção do mesmo bem jurídico coletivo. Por sua vez, empresas condenadas pelo CADE, que possui competência para aplicação de multas mais severas, podem também recorrer ao judiciário, para se beneficiar de penas possivelmente mais brandas impostas pela ANATEL, considerando que critérios de exclusão de ilicitude que viessem a ser derrotados na análise do CADE são elementos redutores de pena na imposição pela ANATEL.

Na segunda leitura, as hipóteses previstas nos incisos do art. 11 devem ser lidas como condições, vinculantes, para aplicação das obrigações pela autoridade, o que permite extrair regras condicionais, com fatores que excepcionam as obrigações previstas. Isso significa que nas condições ali previstas exclui-se a ilicitude de condutas não isonômicas e discriminatórias, de utilização que poderia ser considerada “inadequada” de dados,

ou de recusas de acesso à plataforma ou infraestrutura digital. Ocorre que os termos são também genéricos e redigidos em termos de ponderações a serem feitas pela autoridade, o que exige algum esforço interpretativo. Lendo-se cada inciso como uma possível descrição de fator que excepciona cada regra de conduta do art. 10, ou seja, como fator contra a proibição de discriminar, utilizar inadequadamente dados ou recusar acesso, temos ainda duas leituras possíveis: uma literal e outra ampla. Na interpretação literal, que chamaremos de **Cenário 2 (C2)**, aquelas condições tal como explicitadas no texto da lei seriam consideradas exceções.

Já na interpretação ampla, que consideraremos o **Cenário 3 (C3)**, as exceções podem ser lidas como itens da metodologia de análise antitruste.

Examinemos o **C3**, de interpretação ampla das ponderações previstas no art. 11. Como estamos considerando apenas as hipóteses em que há poder de mercado no serviço prestado pela empresa detentora de poder de controle de acesso essencial, então a análise de poder de mercado já estaria presente. Os incisos I e II, que falam da consideração de critérios técnicos e especificidades de cada serviço na análise da conduta, poderiam ser lidos conjuntamente, de modo amplo, como “justificativas de negócio” (ou seja, desde que a conduta - recusa, discriminação etc. - atenda a critérios técnicos e seja condizente com características específicas do serviço, não há infração). A menção, no inciso III, a “intervenção proporcional ao risco existente”, embora tenha teor congênere a uma dosimetria de intervenção (o que vamos afastar, pois não estamos em **C1**), poderia ser lida, neste cenário de excludente de ilicitude **C3**, como análise de potencial efetivo de dano advindo da prática, também um dos itens da metodologia antitruste. Ou seja, se não há efetivo risco de dano, não há violação. Já o inciso IV, fala na avaliação dos impactos, custos e benefícios das imposições, o que pode ser lido, no sentido amplo, como análise de eficiências compensatórias ao impacto de uma prática considerada danosa a concorrência, mais um item da metodologia antitruste. Por fim, o inc. V que fala de ponderação do “*nível de competição na oferta de cada modalidade de plataforma digital*” pode ser interpretado, nesse sentido amplo, como análise da potencialidade

de produção de efeitos, para verificação da efetiva possibilidade de dano ou exercício abusivo de poder econômico.

Se for este o cenário correto de interpretação do PL 2768/22, então aparecem as seguintes dificuldades. Em primeiro lugar, se tratamos aqui dos mesmos critérios de análise- apenas com formulações distintas entre o PL e a LDC, então o PL colapsaria em uma análise *ex post* de condutas anticompetitivas. Se, por um lado, não haveria então conflito normativo entre as regras de ambos os documentos, há certamente um conflito institucional, com duas autoridades distintas, CADE e ANATEL, para aplicar o mesmo conteúdo normativo, o que certamente traz significativa insegurança jurídica e potencial de atrasos na definição de conflitos no mercado e elevada judicialização. Por outro lado, boa parte da motivação da regulação dos chamados “mercados digitais” está no questionamento da adequação da metodologia tradicional antitruste. Qual seria então o sentido de uma nova lei propondo a mesma metodologia, para ser aplicada por autoridades diferentes?

Assim, os cenários C1 e C3 deflagariam certamente situação de total insegurança jurídica em relação a condutas nos diferentes mercados relativos a serviços online. São dois extremos de insegurança, o primeiro (C1) porque traz regras que conflitam de modo irreconciliável com toda a jurisprudência do CADE; e o segundo (C3) porque atribui a mesma competência para aplicação das mesmas regras a dois órgãos distintos.

Resta, assim, o segundo cenário, C2, em que não se propõe uma regulação *ex ante* com obrigações categóricas (C1) para as condutas previstas no PL, nem se propõe uma reprise da análise antitruste *ex post* apenas reformulada (C3), mas uma regulação *ex ante* com normas condicionais. Nesse caso, para cada inciso, teríamos uma regra condicional.

Podemos considerá-las regras estritas e independentes, ou seja, cada uma oferecendo determinada alternativa de condições suficientes para excepcionar a ilicitude das práticas de discriminação, utilização inadequada dos dados e recusa de acesso. Ou seja, basta verificar a presença da

condição presente em apenas um dos incisos para se autorizar a prática e excluir a pena. Chamaremos esse cenário de **Cenário 2-A (C2-A)**:

1. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a **conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados) for praticada com a adoção de critérios técnicos e não arbitrários, então a **conduta** é permitida;
2. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a **conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados) não oferecer risco de dano, então a conduta é permitida;
3. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a **conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados) trazer benefícios ao mercado ou reduzir custos, então a conduta é permitida;
4. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se houver elevada competição na oferta do serviço pela plataforma, então a **conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados) é permitida.

Ou podemos considerá-los condicionais contributivos, isto é, cada condição é uma razão que favorece a licitude da conduta, mas não é suficiente para excluir a ilicitude. Haveria aqui maior discricionariedade da autoridade competente para avaliar se a presença das condições previstas nas regras, em conjunto, teria peso suficiente para excluir a ilicitude. Vale também considerar que, diferentemente do que ocorre com regras estritas, para condições contributivas, em termos de razões contra ou a favor a permissão ou proibição, a ausência de fatores de mercado que favoreceriam a permissão pode ser uma razão a favor da proibição. Por exemplo, a existência de alto nível de competição no serviço oferecido é uma razão a favor da permissão da conduta, mas a verificação de que é baixo o nível de competição é uma razão a favor de sua proibição. Chamaremos esse cenário de **Cenário 2-B (C2-B)**.

Teríamos, assim, as seguintes regras condicionais contributivas:

1. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a **conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados) for praticada com a adoção de critérios técnicos e não arbitrários, então **há razões favorecendo a permissão da conduta**;
2. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a **conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados) não oferecer risco de dano, então **há razões favorecendo a permissão da conduta**;
3. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a **conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados) trazer benefícios ao mercado ou reduzir custos, então a conduta **há razões favorecendo a permissão da conduta**;
4. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se houver elevada competição na oferta do serviço pela plataforma, então **há razões favorecendo a permissão da conduta** (discriminação, recusa de acesso, utilização inadequada de dados)

Apenas para ilustrar a metodologia, vamos contrastar essas regras, nos cenários C2, A e B, com a regra extraída do caso **Google Shopping**. Naquele caso, ficou estabelecido pelo CADE que:

Ainda que haja poder de mercado, incentivo à exclusão e danos a concorrentes, mesmo que não haja justificativa comercial para a discriminação e não haja competição na oferta do serviço, se há benefícios ao mercado, como maior conversão de compras aos clientes anunciantes em plataformas e aumento de qualidade aos consumidores finais, então a discriminação de exposição de resultados de busca é permitida.

Caso fosse aplicado o **Cenário 2A**, então não haveria conflito, pois bastaria a verificação da condição de benefícios aos clientes e consumidores para permissão da prática pela regra 3, lida de modo estrito. Caso fosse aplicado o **Cenário 2B**, então haveria provável conflito, tendo em vista que, apesar de haver a identificação de benefícios aos consumidores, houve, naquele caso, identificação de dano, com exclusão de concorrentes do mercado, o que conta como uma razão a favor da proibição, ao lado da identificação de poder de mercado. Ou seja, há mais razões para a proibição do que para a permissão da conduta discriminatória.

Teríamos assim o seguinte quadro:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Google Shopping	Conflita	Converge	Conflita	Converge

Pela simples constatação de que há quatro interpretações possíveis do art.10 em combinação com o art. 11 do PL 2768/22, com resultados conflitantes entre si, já se nota impacto negativo em relação à segurança jurídica, com o risco de interpretações divergentes não só entre componentes de autoridade administrativa, como também pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, a metodologia empregada faz uma concessão ao considerar que em todos os casos haveria poder de mercado, o que não necessariamente é verdade, como exposto acima. Deixando de lado, novamente, esse potencial de conflito pelo fato do PL empregar conceito fundamental de “poder de controle de acesso essencial” com significado diverso de “poder de mercado”, vamos também buscar superar o problema acidental de redação legislativa que leva a 4 interpretações possíveis. Suponhamos que a lei seja clara quanto a qual tipo de interpretação deve ser dada na aplicação do art. 10 c/c 11 do PL 2768.

É interessante observar que os dois primeiros cenários são mais próximos da proposta de regulação *ex-ante* europeia, que inspirou o PL: o primeiro com regras categóricas, o segundo com regras condicionais, em

que os incisos no art. 11 são lidos como exceções estritas às obrigações/proibições gerais. Como cada inciso traz uma exceção estrita, suficiente para se sobrepor à obrigação, o cenário 2-A teria um conjunto de soluções mais permissivas, o que pode ser paradoxal, se tomarmos a orientação europeia como fonte inspiradora.

Basta notar que o caso Google Shopping foi condenado na Europa e, como visto, gerou, como reflexo, uma proibição de discriminar correspondente no DMA. Porém, olhando para o PL 2768, temos que o cenário 2-A permitiria a prática, convergindo com a decisão do CADE, que arquivou o caso. Apesar da convergência, uma série de condutas objeto de condenações do CADE, como se verá ao longo deste Relatório, teriam sido permitidas caso o PL 2768 fosse aplicado. Também com uma consequência paradoxal, pois, se o objetivo da iniciativa legislativa seria estabelecer tratamento mais rigoroso para as chamadas *Big Techs* quanto a sua atuação competitiva no mercado, então o PL seria contraproducente, pois traz condições mais permissivas do que a metodologia de análise antitruste.

Porém, caso se dê um passo adiante no espectro de flexibilidade de aplicação das regras, com as regras condicionais contributivas do Cenário 2-B, já temos resultado oposto, que diverge do CADE e converge com o resultado da decisão Europeia, uma vez que são disparadas várias razões contra a admissão da conduta discriminatória. Um passo além e teríamos a convergência com a jurisprudência do CADE, mas apenas e trivialmente porque a interpretação no Cenário 3 coincide com a metodologia de análise antitruste já aplicada por aquela autoridade. Portanto, nesse espectro mais flexível de regras contributivas, como se verá, temos ainda potencial de conflito normativo, a não ser no Cenário 3, trivial, em que o PL 2768 traz como contribuição apenas a criação de uma competência concorrente entre CADE e ANATEL no que se refere a mercados digitais.

Feitas essas considerações, que já permitem antever conflitos entre precedentes do CADE e o PL 2768, o que é indicador de insegurança jurídica, passemos à análise dos precedentes *vis à vis* o PL, para cada uma das condutas objeto deste estudo.

No Capítulo 2, examinaremos a conduta de discriminação, no sentido amplo de self-preferencing. No Capítulo 3, examinaremos a conduta de recusa de acesso, em que abordaremos decisões relativas a plataformas, como espécies de infraestrutura, o que permite comparar os critérios de análise com outros julgados pelo CADE ligados a acesso a infraestruturas físicas. Finalmente, no Capítulo 4 trataremos do tratamento inadequado de dados, mostrando confronto direto entre o PL 2678 e a jurisprudência do CADE, uma vez que, na tradição antitruste brasileira não há o conceito de abuso exploratório (*exploitative abuse*), nem há condenações em função de condutas verticais ligadas a usos de dados concorrencialmente sensíveis, que são apenas examinados em termos de facilitação de conluio em condutas horizontais.

Em cada capítulo dedicado a uma conduta, usaremos a mesma estrutura, iniciando com uma descrição da metodologia de coleta dos casos relevantes, seguida da apresentação desses casos, conforme aplicação do CADE, da metodologia de análise antitruste, ao que passamos para a extração de regras da jurisprudência conforme o método aqui descrito e comparação com as regras acima indicadas nos diferentes cenários de interpretação do PL 2768.

Após a análise das condutas, traremos um Capítulo Final (5) com uma melhor apreciação dos efetivos impactos do PL 2768/22 sobre a segurança jurídica, dentro do esforço de revisão das regras e regulação dos chamados “mercados digitais”.

CAPÍTULO 2

SELF - prEFErENCING
EOUTrAS prÁTICAS
DISCrIMINATÓrIAS

1. PANORAMA GERAL DA CONDUTA

Condutas unilaterais discriminatórias desafiam e dividem o entendimento de autoridades antitruste ao redor do mundo, especialmente considerando o contexto de mercados digitais. Isso porque discriminar liga-se a diferenciar estratégias de atuação no mercado, o que tende a trazer consequências positivas e não negativas à concorrência. Por outro lado, em determinadas condições estruturais, a discriminação abusiva tem potencial exclusionário, o que torna a intervenção necessária para repressão e supressão de efeitos anticompetitivos, que, especialmente nos assim definidos “mercados digitais”, podem ser percebidos em velocidade superior à capacidade de reação institucional.

Na jurisprudência do CADE, apesar de as discussões mais frequentes quanto à conduta de discriminação serem relativas a diferenciações de preço, a atuação da autoridade brasileira, com base no inciso X do §3º do artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência – LDC (Lei n. 12.529/2011), tem sido mais ampla (discriminação de preços ou quaisquer outras condições de venda). Há outras tipificações na LDC que, por sua abrangência e flexibilidade²⁰, também podem ser avaliadas sob o prisma

²⁰ A Lei de Defesa da Concorrência brasileira – LDC (Lei n. 12.529/2011), assim como a legislação anterior, adotou a técnica de tipos abertos para definir as infrações à ordem econômica, de modo que os elementos que identificam a conduta proibida pela norma dependem de uma *análise valorativa* de elementos normativos ou subjetivos do tipo. É neste sentido o *caput* do artigo 36 ao trazer a fórmula geral de que se constituem como infrações concorrenciais “atos sob qualquer forma manifestados”, que tenham por objeto ou possam

da discriminação, como a recusa de contratar (inciso XI), criação de condições contratuais injustificáveis, a exemplo da previsão de cláusulas de exclusividade anticompetitivas, *margin squeeze* e a fixação de taxas abusivas (inciso XII), a venda casada (inciso XVIII) e a limitação do acesso de clientes a matérias-primas fundamentais para sua permanência no mercado (incisos V e XIV).

A análise da jurisprudência do CADE, realizada neste capítulo, denota que a autoridade utiliza essas chaves de análise com bastante frequência, de forma isolada ou conjunta com o inciso

X do §3º do artigo 36, para examinar condutas que são consideradas potencialmente discriminatórias *lato sensu*, como práticas de *self-preferencing*, restrições de interoperabilidade e apropriação de dados de usuários e de rivais, cada uma com suas especificidades na aplicação da teoria do dano (em questões como a distribuição do ônus da prova, presunções etc.).

O desafio de avaliação de práticas discriminatórias nos mercados digitais inicia-se já na identificação da própria prática, uma vez que nesses mercados de rápida inovação, por vezes, a discriminação pode se confundir com diferenciação competitiva, ou mesmo com uma transformação no modelo de negócio (KIRA, COUTINHO 2021). Essa ambiguidade é particularmente desafiadora na denominada *self-preferencing*, expressão guarda-chuva que abarca uma série de estratégias de auto favorecimento na oferta de produtos

produzir os seguintes efeitos, ainda que potencialmente: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar *arbitrariamente* os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva *posição dominante*. Em complemento ao *caput*, o artigo 36 prevê em seu §3º rol *numerus apertus* de condutas que podem ser consideradas ilícitas quando verificado dano ou perigo de dano no caso concreto. Essa característica da LDC fornece uma estrutura normativa flexível, “*abrangendo infinitos atos ou contratos que podem ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência e práticas abusivas*” (Forgioni, 2012), para que o CADE, no exercício de sua competência de prevenir e reprimir as condutas anticompetitivas, interprete a lei e avalie a potencial ilicitude de condutas não apenas em mercados tradicionais, mas em mercados emergentes e inovativos, avaliando comportamentos que, por vezes, ganham novas roupagens e peculiaridades em plataformas e ecossistemas digitais.

e serviços pelo grupo econômico do ofertante que possuem estrutura e efeitos bastante diversos entre si (MOTTA, 2023), como a recusa de fornecimento, discriminação, *margin squeeze* e a venda casada (*tying* ou *bundling*).

Em regra, aponta-se que a conduta de *self-preferencing* envolve dois mercados, que podem ser horizontal ou verticalmente relacionados, em que um agente atua em ambos os mercados e com poder econômico para favorecer de modo arbitrário suas próprias atividades ou de parte relacionada em um dos mercados em detrimento dos demais concorrentes (COLOMO, 2021). A arbitrariedade surge na medida em que a prática tem o condão menos de introduzir uma eficiência ou vantagem ao agente e mais o de imputar uma ineficiência ou dificuldade ao rival ou rivais. Embora a preocupação recente com a auto preferência se concentre no comportamento das plataformas digitais, em princípio, esta conduta não é nova, nem específica dos assim chamados “mercados digitais”.

Em mercados físicos há também a possibilidade de um agente verticalmente integrado favorecer a venda dos seus próprios produtos em detrimento dos de seus rivais no mercado à jusante, podendo ser citados como exemplo, o favorecimento de varejistas de produtos de marca própria (*private-label*) mediante alocação de maior espaço e maior destaque nas prateleiras ou pelo estabelecimento de diferenças de preços por meio de subsídios cruzados²¹. Essa conduta é de algum modo análoga, no ambiente digital, por exemplo, ao rebaixamento de produtos e serviços de complementadores para a segunda ou terceira página dos resultados de pesquisa, deixando em destaque produtos e serviços da própria plataforma, como na conhecida investigação contra a Google no mercado de comparadores de preços.

Em relação a cada conduta elencada na LDC, o CADE desenvolve análise sofisticada, contemplando a metodologia antitruste internacional e o cotejamento de precedentes estrangeiros, europeus e estadunidenses,

21 SAITO, Carolina. Self-preferencing apenas em mercados digitais?. Disponível em: https://politicaspUBLICAS.direito.usp.br/wp-content/uploads/2022/12/Self-preferencing- apenas-em- mercados-digitais_.pdf. Acesso em: 18.06.2024.

para condutas ou atos de concentração de dimensão internacional, por empresas globais.

O debate sobre a necessidade de adoção de um novo aparato de ferramentas de intervenção estatal, como a regulação *ex ante* adotada no DMA e proposta no PL 2768 parte do questionamento sobre a adequação da metodologia tradicional de análise antitruste para lidar com condutas ou atos de concentração no ambiente digital.

Em ambos os documentos, há a imposição *ex ante* da obrigação de não discriminar, o que traria como consequência o risco de punição pela autoridade, independentemente da observação e análise *ex-post* de todos aqueles elementos listados acima na metodologia antitruste (poder de mercado, justificativas de negócio, risco de dano efetivo e eficiências) para caracterização da ilicitude.²² Não obstante, o DMA e o PL 2768 têm diferenças importantes, uma vez que ambos abrem espaço de modo diverso para algumas considerações e ressalvas na imposição da obrigação de não discriminar.

O artigo 6(5) do DMA, especificamente, proíbe condutas de *self-preferencing*, vedando o favorecimento dos controladores de acesso a seus próprios serviços e produtos, em termos de classificação, indexação e rastreamento, em detrimento daqueles ofertados por terceiros com os quais concorre, devendo “*aplicar condições transparentes, justas [unfair] e não-discriminatórias*”.

Há outras condutas previstas no DMA que podem ser espécies de *self-preferencing* se adotarmos uma perspectiva mais ampla de análise, como,

²² Além do DMA, há outras jurisdições que preveem proibições *ex ante* de condutas de *self-preferencing*. A Seção 19A da Lei da Concorrência Alemã proíbe práticas de auto preferência por parte de plataformas, consideradas de “importância suprema para a concorrência entre mercados” em uma análise casuística. No Reino Unido, foi criada uma unidade específica na autoridade da concorrência DMU/CMA para investigar e indicar soluções para condutas potencialmente problemáticas nos mercados digitais. A DMU tem poderes para especificar códigos de conduta personalizados para gatekeepers, o que poderia incluir práticas específicas de *self-preferencing* e, se necessário, impor intervenções pró-concorrenciais estruturais (separação funcional, por exemplo).

por exemplo, (i) o artigo 5(7), que proíbe que o controlador de acesso exija que utilizadores da plataforma (profissionais ou finais) utilizem um serviço de identificação, um navegador Web ou outro serviço por ele oferecido para que tenham acesso a serviços essenciais de plataforma (vedação à venda casada), (ii) o 6(10), que trata da igualdade de acesso e utilização de dados entre o controlador de acesso e terceiros para evitar um tratamento mais favorável dos serviços próprios e o artigo 6(12) que veda o estabelecimento pelo gatekeeper de condições gerais tomadas como ‘*unfair*’, ao determinar a aplicação de condições gerais de acesso “*justas [fair], razoáveis e não-discriminatórias*” a usuários comerciais dos serviços essenciais que oferece.

Vale destacar que as condutas acima referidas compõem dois conjuntos distintos de requisitos para os controladores de acesso previstas no DMA: as obrigações previstas no artigo 5.º, autoaplicáveis e que incidem igualmente para todos os serviços abrangidos pelo DMA, sem considerar as características próprias de cada mercado, e as obrigações do artigo 6º, que devem ser especificadas após um diálogo entre a autoridade concorrencial e os gatekeepers (de acordo com o processo previsto no artigo 8º), sendo esses deveres adicionais aplicados potencialmente de diferentes formas, podendo ser consideradas as especificidades do agente regulado, serviço prestado e efeitos no mercado²³.

Desse modo, se a imposição do uso de serviços da plataforma especificados no artigo 5 (7) é uma obrigação condicional *per se*, as demais obrigações de não-discriminar, previstas no artigo 6 – artigo 6(5), 6(10) e 6 (12) –, são, por definição, suscetíveis de serem especificadas mais detalhadamente pela Comissão Europeia, em procedimento instaurado para a avaliação da conduta e de suas justificativas – (artigo 8 (2)), de modo que, nessas hipóteses, o DMA acaba por incorporar, de modo limitado, a análise contextual da conduta, que pode ser considerada transparente e justificada pelo contexto.

23 CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). The European Proposal for a Digital Markets Act – a first assessment, 2021, p. 22.

O PL 2768/2022, por sua vez, parte do pressuposto de que os operadores de plataformas digitais concentram poder de mercado e estendem suas atividades a mercados complementares, praticando condutas de tratamento preferencial aos seus próprios produtos e serviços ou àqueles de empresas associadas. Essas condutas seriam anticompetitivas e levariam à concentração de mercados.

A redação no PL 2768/2022, em seu *status* atual²⁴, é bastante genérica, inclusive se comparada as disposições do DMA, sua fonte inspiradora, impondo-se aos tais “operadores de plataformas digitais” (definidos precisamente no PL como provedores de aplicações de internet), que seriam “detentores de poder de controle de acesso essencial”, a obrigação, dentre outras previstas no artigo 10, de observar o “*tratamento isonômico e não discriminatório na oferta de serviços a usuários profissionais e usuários finais*” (PL2768, ar.t 10, inc. II).

Conforme metodologia descrita no Capítulo 1, o art. 11 do PL 2768, que trata da forma de imposição das obrigações, abre ao menos quatro interpretações distintas sobre como a regra presente no artigo 10 deve ser interpretada: (C1) como uma imposição categórica de não-discriminação, que pode ter o quantum da pena ponderada conforme critérios do artigo 11; (C2-A) como uma regra condicional de não discriminação excepcionada por condições estritas e suficientes de fatores que podem tornar a discriminação permitida; (C2-B) como uma regra condicional em que a presença dos fatores previstos no artigo 11 é uma razão para permitir a discriminação, ao passo que a sua ausência é uma razão para proibir a discriminação; (C3) como uma reformulação da LDC, que preserva o método *ex post* de análise antitruste, a ser exercido, porém, pela ANATEL, ao lado do CADE.

²⁴ Atualmente o Projeto de Lei se encontra na Comissão de Desenvolvimento Econômico da Câmara dos Deputados, aguardando a elaboração de parecer legislativo pela Deputada Any Ortiz. Após sua eventual aprovação nessa etapa, texto legislativo ainda deverá passar pela Comissão de Finanças e Tributação, pela Comissão de Comunicação e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Concentrando-nos nos cenários intermediários C2, pelas razões expostas na metodologia (absoluta incompatibilidade normativa do C1, e duplicidade de competências no cenário C3), teríamos, portanto, a seguinte formulação de regras específicas de exceção à obrigação de não discriminação, conforme o PL 2768 (em negrito a formulação para o cenário C2-B):

1. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a conduta discriminatória for praticada com a adoção de critérios técnicos e não arbitrários, então a discriminação é permitida (**há razões a favor da permissão da discriminação**)
2. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a conduta discriminatória não oferecer risco de dano, então a discriminação é permitida (**há razões a favor da permissão da discriminação**)
3. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a conduta discriminatória trazer benefícios ao mercado ou reduzir custos, então a discriminação é permitida (**há razões a favor da permissão da discriminação**)
4. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se houver elevada competição na oferta do serviço pela plataforma, então a conduta discriminatória é permitida (**há razões a favor da permissão da discriminação**)

Assim, uma análise de impacto da legislação, em termos de seus efeitos sobre a segurança jurídica no mercado deve examinar o quão compatível seria a obrigação *ex ante* de não discriminação com os precedentes do CADE, nessas diferentes interpretações das ressalvas e ponderações para a imposição dessa obrigação, nos termos do art. 10 inc. II e art. 11 do PL 2768, que chamamos de Cenários 2-A e 2-B.

Primeiramente, será apontada a metodologia para seleção dos precedentes. Em seguida, será apresentada a jurisprudência do CADE sobre

discriminação e self-preferencing com o emprego da metodologia de análise antitruste. Passamos, na sequência, para a extração das regras correspondentes aos precedentes e cotejo com as regras acima extraídas do PL 2768.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA ANALISADA

Diante da apresentação, acima, dos elementos justificadores de práticas unilaterais sob a perspectiva da regra da razão, passa-se às considerações sobre a aplicação da metodologia de análise nos *cases* selecionados para fins do presente Relatório.

2.1 METODOLOGIA DE COLETA DOS CASOS

O levantamento jurisprudencial que dá base a este relatório foi realizado por meio do sistema de pesquisa processual de autos públicos do CADE²⁵, sendo empregados os seguintes termos: “conduta” e “discriminação”. Foi promovida filtragem a partir do “Tipo de Documento” para selecionar apenas ‘Voto’, ‘Voto Processo Administrativo’ (decisões do Tribunal Administrativo) e ‘Nota Técnica’ (manifestação técnica da Superintendência-Geral do CADE), focando exclusivamente em procedimentos de conduta²⁶.

Sob o aspecto temporal, foram selecionados *cases* analisados nos últimos 10 anos (2014 a 2024). Puderam ser identificados, a partir de então, todos os Processos Administrativos e Inquéritos administrativos já

²⁵ Para acesso ao sistema SEI do CADE: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=prot_ocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 18 abr. 2024.

²⁶ Não obstante atos de concentração também possam trazer metodologia distinta para operações em mercados digitais, o objetivo deste relatório é verificar quais tem sido os parâmetros e etapas observadas pelo CADE para determinar que uma conduta discriminatória é ou não anticompetitiva. Por esta razão, focamos exclusivamente em processos administrativos sancionadores.

julgados, pelo Tribunal do CADE ou pela Superintendência-Geral, entre 2014 e 2024 (atualizado até a data de 01 de março de 2024), em que há discussões sobre condutas de discriminação anticompetitiva.

Posteriormente, foi realizada filtragem adicional para a individualização de precedentes que sejam representantes da jurisprudência corrente no setor econômico a que dizem respeito – e que contenham, portanto, discussões de maior substância a esse respeito. Com base nesse passo-a-passo, chegamos aos resultados que serão abaixo detalhados.

Identificados os casos relevantes ao objeto deste Relatório, foram examinados os parâmetros relativos às discussões sobre i) análises de poder de mercado e teoria do dano; ii) análises de justificativas econômicas; e iii) análises de eficiências.

A extração das informações destes precedentes, assim como sua avaliação e relatório sintético, culminam nos resultados que serão discutidos nas próximas seções do Relatório, permitindo abordagem sistemática e abrangente da jurisprudência do CADE a respeito da temática proposta.

Veja-se que a pesquisa não se limitou à análise de condutas discriminatórias em “mercados digitais” mas é abrangente o suficiente para apresentar um panorama abrangente da visão da autoridade da concorrência brasileira acerca de condutas consideradas discriminatórias, que podem ter paralelos em mercados digitais.²⁷ Por fim, alguns casos selecionados,

²⁷ Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02 (Representante: Sencinet Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda. (Antiga BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda.); Representadas: Claro S/A, OI Móvel S/A, Telefônica Brasil AS); Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03 (Representante: Agrovía S.A. Representados: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A. (atual Rumo S.A.)); Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41 (Representante: Companhia de Gás de São Paulo – Comgás; Representados: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda.; Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27 (Representante: Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda; Representados: Air BP Brasil Ltda., BR Distribuidora S.A., Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A. e Raizen Combustíveis S.A.); Processo Administrativo nº 08700.008751/2015-83 (Representante: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); Representados: Órgão Gestor de

Mão de Obra do Trabalho Portuário Avulso de Belém e Vila do Condee, Alunorte Alumina do Norte do Brasil S.A. e Amazon Logistics Ltda.); Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51 (Representantes: Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A., Atlântico Terminais S.A.; Representado: Tecon Suape S.A.); Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60 (Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda.; Representado: PST Eletrônica S.A.); Inquérito Administrativo nº 08700.009007/2015-04 (Representante: Empresa Produtora de Energia Ltda., legalmente sucedida por Âmbar Energia Ltda.; e Gasocidente do Mato Grosso Ltda.; Representada: Petrobras); Inquérito Administrativo nº 08700.006268/2018-15 (Representante: Companhia Brasileira de Soluções e Serviços; Representados: Centro de Gestão de Meios de Pagamento Ltda. e ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.); Inquérito Administrativo nº 08700.001031/2022-16 (Representante: Centro de Gestão de Meios de Pagamento Ltda.; Representados: ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A., Banco Itaú Unibanco e Banco Itaucard); Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (Representante: Microsoft Corporation; Representado: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.); Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.; Representados: Google Brasil Internet Ltda.; Inquérito Administrativo nº 08700.003211/2016-94 (Representante: Yelp, INC.; Representado: Google INC. e Google Brasil Internet Ltda.); Processo Administrativo nº 08700.002375/2018-66 (Representante: Ecomed Serviços Médicos Ltda.; Representado: Unimed Lavras Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.); Inquérito Administrativo nº 08700.001519/2019-48 (Representante: Ministério Público do Estado de Goiás; Representados: Multiplus S.A., Smiles Fidelidade S.A. e Programa de Vantagens Tudo Azul); Inquérito Administrativo nº 08700.001571/2022-08 (Representantes: Sindicombustíveis Bahia, AEPET-BA e ABRASPET; Representado: MC Brazil Downstream Participações S.A.); Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30 (Representante: Companhia de Gás de São Paulo; Representado: Petróleo Brasileiro S.A.); Inquérito Administrativo nº 08700.004226/2020-56 (Representante: Cielo S.A.; Representado: Linx S.A.); Inquérito Administrativo nº 08700.003341/2022-75 (Representante: Enio José Verri; Representado: White Martins Gases Industriais Ltda.); Inquérito Administrativo nº 08700.005164/2021-81 (Representante: Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade - PFE-Cade; Representados: Raízen Combustíveis S.A., Petrobras Distribuidora S.A. (Vibra Energia S.A.) e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.); Inquérito Administrativo nº 08700.004681/2019-18 (Representante: Federação Nacional das Empresas de Transporte de Valores; Representados: Tecnologia Bancária S.A e TBForTe Segurança e Transporte de Valores Ltda.); Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018- 95 (Representante: Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain; Representados: Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Inter S.A., Banco Cooperativo Sicredi S.A., Itaú Unibanco S.A. e Banco Santander Brasil S.A.); Procedimento Preparatório nº 08700.000511/2018-83 (Representante: Videolar-Innova S.A.; Representados: Braskem S.A.); Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015- 11 (Representante: CADE ex officio; Representados: Banco do Brasil S.A., Bradesco S.A., Banco Itaú Unibanco S.A., Hipercard S.A., Elo Serviços S.A., Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (Alelo) e Ticket Serviços S.A.); Inquérito Administrativo nº

por tratarem também de recusa de acesso, serão analisados exclusivamente no Capítulo 3 deste relatório.²⁸

2.2 ANÁLISE EX-POST PELO CADE DE CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS

A análise do CADE exposta nos casos selecionados demonstra que há tradição consolidada na jurisprudência da autarquia no que se trata da metodologia de análise de casos envolvendo condutas discriminatórias por agentes do mercado, como já detalhada em abstrato no Capítulo 1 acima. Em outras palavras, independentemente do resultado das investigações (*i.e.*, da condenação dos Representados ou do arquivamento dos processos), a autoridade demonstra se manter consistente nas etapas tradicionais da avaliação da conduta sob a regra da razão (potencial de dano, justificativa de negócio, eficiências compensatórias).

Na metodologia adotada pelo CADE, como já exposto, a análise da presença de poder de mercado é uma condição precedente para avaliar potencial ilicitude da discriminação. Não havendo poder de mercado, é

08700.011091/2015-18 (Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André (Semasa); Representado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp)); Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 (Representante: Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. e Associação Brasileira de Bares e Restaurantes; Representado: IFood.com Agência de Restaurantes Online S.A.); Processo Administrativo nº 08700.003187/2017-74 (Representante: Nu Pagamentos S.A.; Representados: Itaú Unibanco S.A.; Banco Bradesco S.A.; Banco Santander Brasil S.A.; Banco do Brasil S.A.; Caixa Econômica Federal).

²⁸ Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03 (Representante: Agrovía S.A. Representados: Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. e América Latina Logística S.A. (atual Rumo S.A.); Processo Administrativo nº 08700.001831/2014-27 (Representante: Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda; Representados: Air BP Brasil Ltda., BR Distribuidora S.A., Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A. e Raízen Combustíveis S.A.); Processo Administrativo nº 08700.002375/2018-66 (Representante: Ecomed Serviços Médicos Ltda.; Representado: Unimed Lavras Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.); Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95 (Representante: Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain; Representados: Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Inter S.A., Banco Cooperativo Sicredi S.A., Itaú Unibanco S.A. e Banco Santander Brasil S.A.).

excepcional o avanço na análise do potencial de dano. Em todos os casos analisados para o presente Relatório, a primeira etapa de análise envolveu a verificação da **existência de poder de mercado** como fator chave para a caracterização de infração.

Tradicionalmente, esta avaliação tem como parâmetros (i) o patamar de 20% de participação de mercado constante do §2º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 e (ii) a prévia definição do(s) mercado(s) relevante(s) no(s) qual(is) os efeitos da conduta seriam verificados, sob as dimensões geográfica e do produto.²⁹ Entretanto, mesmo em mercados tradicionais, a apuração de poder de mercado a partir do *market share* do agente econômico tem sido relativizada pelo CADE, para que não haja uma *sub* ou *sobre* intervenção antitruste a partir dos elementos do caso concreto.

No caso Inquérito Administrativo Sem Parar x Itaú e Conectcar³⁰, a Superintendência-Geral (“SG”) considerou que, inobstante a verificação de poder de mercado no setor bancário (mercado relevante de origem da suposta conduta de alavancagem), não teria sido possível afirmar haver posição dominante da Conectcar no mercado de pagamentos por Identificação Veicular Automática (*Automatic Vehicle Identification*, ‘AVI’), tendo em vista que sua participação de mercado seria inferior a 20%. Mesmo diante deste diagnóstico, decidiu-se avançar para a próxima etapa da análise. No caso em questão, portanto, houve análise do modelo de negócios

²⁹ No entanto, há casos nos quais a SG ou o Tribunal não fazem uma avaliação aprofundada especialmente sob o aspecto do produto, quer por não possuir impactos diretos sobre a análise de efeitos da conduta, quer porque considera que as justificativas da conduta são suficientemente claras para tornar a análise de poder de mercado despicienda. (Nesse sentido: Processo Administrativo nº 08700.002375/2018-66 (Representante: Ecomed Serviços Médicos Ltda.; Representado: Unimed Lavras Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.); Inquérito Administrativo nº 08700.001519/2019-48 (Representante: Ministério Público do Estado de Goiás; Representados: Multiplus S.A., Smiles Fidelidade S.A. e Programa de Vantagens Tudo Azul); Inquérito Administrativo nº 08700.004226/2020-56 (Representante: Cielo S.A.; Representado: Linx S.A.).

³⁰ Inquérito Administrativo nº 08700.001031/2022-16 (Representante: Sem Parar Instituição de Pagamento Ltda.; Representados: ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A.; Banco Itaú S.A. e Banco Itaucard S.A.)

da Campanha *Tag Itaú*, tendo a Superintendência-Geral concluído pela existência de racionalidade econômica capaz de justificar a prática analisada no caso concreto³¹, o que levou ao arquivamento da investigação.

Essa foi a mesma trilha adotada pela SG no Inquérito Administrativo n. 08700.004681/2019- 18, que investigou potenciais condutas discriminatórias no mercado de serviço de transporte e custódia de valores³². Mesmo tendo a instrução processual revelado a inexistência de poder de mercado, a SG optou por avançar na análise justificada pelo fato de que o referido processo administrativo se insere em um contexto maior de litígios entre transportadoras de valores e associações deste setor. De todo modo, a decisão foi pelo arquivamento do processo em razão da insubsistência das provas apresentadas.

Em outro Inquérito Administrativo analisado no mesmo setor, promovido pela Sem Parar em face da Veloe e de seus controladores³³, a Superintendência-Geral reconheceu participação de mercado da Representada Veloe superior a 20%, de modo que “poderia fazer-se presumir a existência de posição dominante com base no disposto na Lei nº 12.529/11”, mas ainda assim concluiu pela impossibilidade de determinar com segurança “a real existência de poder de mercado por parte de tal

31 A representação da Sem Parar tinha como eixos argumentativos: (i) a venda da Tag Itaú por empresa verticalmente relacionada (Conectcar) denotaria a prática de venda casada, considerando que para garantir o acesso a esse produto, o consumidor deveria ter um relacionamento prévio com o Itaú (mediante uso de cartão de crédito de sua carteira) e (ii) a prática de gratuidade por tempo indefinido aos portadores da Tag Itaú denotaria a prática de subsídios cruzados, tendo em vista que a mensalidade paga pelo usuário (proprietário do veículo) é a fonte de receita mais relevante no mercado de pagamento eletrônico veicular (sobretudo se considerado que concessionários de rodovias não pagam quaisquer valores às empresas de AVI e que estacionamentos e outros parceiros comerciais pagam valores marginais no faturamento destas empresas).

32 Inquérito Administrativo nº 08700.004681/2019-18 (Representante: Federação Nacional das Empresas de Transporte de Valores; Representados: Tecnologia Bancária S.A e TB Forte Segurança e Transporte de Valores Ltda.)

33 Inquérito Administrativo n. 08700.001091/2020-77 (Representante: Sem Parar Instituição de Pagamento Ltda.; Representados: Alelo S.A.; Banco do Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A.)

Representada com base apenas nesses dados”, em virtude de características do mercado analisado.

No âmbito dos mercados digitais, no primeiro relatório sobre política antitruste em prática na economia digital nos países do BRICS (2019), o CADE já relatava que empregava as ferramentas tradicionais para avaliar poder de mercado na economia digital, mas com adaptações, sobretudo em se tratando de mercados de múltiplos lados, casos em que a autoridade levava em consideração a existência de grupos de consumidores interdependentes e de efeitos de rede.³⁴

Dentre os casos citados pela autoridade para ilustrar sua posição, encontra-se o principal caso sobre condutas anticompetitivas em mercados digitais julgado pelo CADE até então: o Google Shopping (Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94). No caso, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) indicou os fatores que adicionavam complexidade à definição do mercado relevante (a multiplicidade de lados da plataforma em questão e a centralidade da tecnologia, conferindo alta dinamicidade ao mercado)³⁵ optando por uma “posição conservadora” ao fixar dois mercados relevantes para análise: o de comparação de preços (no qual a participação de mercado do Google era irrisória, à época) e o de buscas em geral (de onde o Google alavancaria sua posição dominante).³⁶ Com base nessa definição de mercado relevante, o Tribunal do CADE reconheceu a existência de posição dominante e poder de mercado do Google em razão do consolidado *market share* entre 90-95% no mercado de buscas genéricas naquela década. O Tribunal reconheceu, ainda, a possibilidade e os incentivos para abuso da posição dominante do Google, mas acabou

34 BRAZIL, RUSSIA, INDIA, CHINA, & SOUTH AFRICA (2019, September). BRICS in the Digital Economy: 1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/brics-in-thedigital-economy/brics-digital-economy-cade.pdf>

35 Ver Nota Técnica 34/2018/DEE/CADE (SEI/CADE 0549416) no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda; Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda)

36 Idem.

arquivando o caso por não constatar efeitos anticompetitivos na conduta, conforme será detalhado mais adiante.

Naquele caso, assim como no Google Scraping³⁷ e no Google Ad-words³⁸, houve discussões no âmbito do Tribunal quanto aos standards de prova e os regimes de presunção de ilicitude necessários para demonstração dos efeitos anticompetitivos das práticas analisadas, assim como quanto à necessária adaptação de conceitos tradicionais antitruste diante de modelos de negócios baseados em dados, cujos efeitos anticompetitivos não estariam relacionados a preço.

Dessa forma, vê-se que a autoridade reconhece a necessidade de adaptação da metodologia tradicional para definição de mercado relevante e de posição dominante em mercados digitais. A Lei 12.529/2011 garante margem para tal adaptação, inclusive na menção ao parâmetro de 20% de *market share* para presunção de posição dominante, o qual pode ser relativizado pela autoridade para a adequação do parâmetro ao caso concreto.

Seguindo na trilha da metodologia adotada pelo CADE, verificada a existência de poder de mercado indicador de potencial de dano, segue-se no exame das **justificativas de negócio e das eficiências compensatórias**.

É o que se verifica a partir da comparação de dois casos que tiveram desfechos distintos. No Processo Administrativo n.º 08012.011881/2007-41³⁹, que avaliou a prática de condutas discriminatórias por parte do Consórcio Gemini, o Plenário entendeu que não existiriam justificativas técnicas ou de mercado razoáveis para o tratamento diferenciado (e mais vantajoso) dado às empresas que compunham o Consórcio, como, por

37 Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. (Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.; Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.)

38 Processo Administrativo n.º 08700.0015694/2013-19. (Representante: Microsoft Corporation; Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.)

39 Processo Administrativo n.º 08012.011881/2007-41 (Representante: Companhia de Gás de São Paulo; Representados: Petróleo Brasileiro S.A, White Martins Gases Industriais Ltda, GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda.

exemplo, a diferenciação na moeda de precificação dos contratos. Desse modo, dada a posição dominante do Consórcio, e diante da inexistência de racionalidades econômicas que viessem a legitimar as práticas discriminatórias, que teriam o condão de afastar sua ilicitude ou mitigar eventual penalidade, a autarquia entendeu pela condenação das Representadas.

Por outro lado, no Inquérito Administrativo nº 08700.009007/2015-04⁴⁰, no qual a Petrobras esteve novamente no polo passivo, entendeu-se que as características circunstanciais e econômicas verificadas quando se deram as práticas de diferenciação analisadas explicariam e, conseqüentemente, justificariam as condições contratuais definidas para o fornecimento de gás natural à concorrente. Houve, portanto, determinação de arquivamento do processo pelo CADE.

Em outro caso interessante, ao arquivar o Inquérito Administrativo que apurava a ilicitude de cláusulas previstas nos contratos de fidelidade de empresas aéreas para o acúmulo e usufruto de milhas acumuladas⁴¹, embora a Superintendência-Geral tenha reconhecido o poder de mercado das representadas e que as cláusulas contratuais poderiam criar barreiras à entrada e à permanência no mercado de empresas intermediadoras de milhas, havia justificativas razoáveis para a previsão de tais restrições, sendo admitidos como razoáveis os alegados impactos de ordem operacional e de sustentabilidade dos programas de fidelidade gerados pela emissão de passagens aéreas por meio de intermediadoras de milhas.

Outro aspecto se relaciona à análise dos efeitos da conduta sobre os consumidores, sendo essa a chave principal de avaliação da licitude da conduta. Neste tópico, embora o CADE reconheça que as restrições impostas pelos programas de fidelidade das companhias aéreas à comercialização

40 Inquérito Administrativo nº 08700.009007/2015-71 (Representantes: Empresa Produtora de Energia Ltda. e Gasocidente do Mato Grosso Ltda.; Representada: Petróleo Brasileiro S.A.)

41 Inquérito Administrativo nº 08700.001519/2019-48 (Representante: Ministério Público Federal do estado de Goiás; Representados: Multiplus S.A., Smiles Fidelidade S.A. e Programa de Vantagens Tudo Azul)

de milhas e seu uso por terceiros teria o potencial de inibir a atuação das intermediadoras de milhas, ao mesmo tempo afirma não haver provas de que a atuação das intermediadoras impactaria a formação de preços das passagens aéreas (aumentando, assim, o bem-estar do consumidor). Isso porque a precificação de passagens seria um processo complexo no qual uma série de fatores são considerados, e o percentual de venda de passagens por meio do resgate de milhas não é relevante o suficiente no total de vendas de companhias aéreas para se concluir que as intermediadoras tenham capacidade de influenciar o preço das passagens.

No âmbito do Processo Administrativo n. 08700.005499/2015-51, que integrou um conjunto de representações apresentadas ao CADE para a análise da legalidade da cobrança pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, conhecida como Terminal Handling Charge 2 (“THC2”) ou taxa relativa ao serviço de segregação e entrega de contêineres (“SSE”)⁴², conclui-se que a referida taxa decorria do abuso de poder dominante do recinto alfandegário na medida em que, dentre outros aspectos, discriminava de forma ilícita concorrentes no *dowstream* por meio da fixação diferenciada de preços.

Esse é um caso de *self-preferencing* em um mercado físico. No caso, o Representado é o operador portuário exclusivo do Porto de Suape/PE, sendo responsável pela descarga, gerenciamento e movimentação de contêineres provenientes da importação marítima e as representantes, recintos alfandegados independentes. Tais recintos alfandegados não podem escolher o operador portuário que realiza a descarga e movimentação dos contêineres, uma vez que somente recebem a mercadoria para sua armazenagem, sendo dependentes da operação de movimentação horizontal e concorrentes diretos do operador portuário no mercado de armazenagem. Portanto, no caso, o operador portuário atua em ambos os mercados (de movimentação e de armazenagem de contêineres) e incentivos, enquanto

42 Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51 (Representantes: Atlântico Terminais S.A. e Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A.; Representado: Tecon Suape S.A.)

monopolista no *upstream* para impor condições desfavoráveis aos seus concorrentes no *downstream*, favorecendo a sua posição no mercado de armazenamento portuário.

No voto condutor, verificou-se não apenas que havia uma cobrança em duplicidade da taxa aos recintos alfandegários independentes, como também que o operador portuário não cobrava tais valores quando o serviço de armazenagem era realizado por ele mesmo, dinâmica discriminatória que a Representada não foi capaz de justificar. Em razão disso, o CADE compreendeu que houve um abuso de posição dominante da Tecon que, pela dinâmica do mercado específico, pode impor a cobrança abusiva aos recintos alfandegados independentes, que não possuiriam alternativa a não ser se submeter ao pagamento da cobrança, em relação a qual tampouco possuem poder de barganha para negociar os valores. O Conselheiro relator também avaliou a discriminação observando o efeito da conduta nos custos do importador (destinatário final), concluindo que a Tecon falhou em demonstrar que esses seriam equivalentes contratando a armazenagem da Representada ou de recintos independentes.⁴³

A mesma metodologia de análise foi aplicada em relação a mercados digitais (potencial de dano, justificativas de negócio, eficiências compensatórias), inclusive aqueles que avaliaram a prática de *self-preferencing*. Percebe-se, na avaliação de condutas em tais mercados, que a autarquia dá peso significativo ao argumento de eficiências dinâmicas, com potencial de aumento da inovação.

43 “No caso em tela, tem-se que a Representada não logrou êxito em demonstrar que os custos do importador são equivalentes – seja quando a carga é armazenada pelo operador portuário, em razão da cobrança pelo deslocamento padrão (regime de DI), seja quando a carga é armazenada pelos recintos alfandegados independentes, em razão da cobrança pelo SSE -- e que a cobrança pelo SSE, nos moldes feitos pela Representada, não gerou vantagem competitiva à Tecon. Na realidade, os elementos constantes dos autos comprovaram justamente o inverso, tendo em vista que a Tecon pode se utilizar de sua posição dominante no mercado à montante para cobrar de forma indevida pelo SSE, ao fazê-lo nos moldes expostos acima, elevando os custos de seus rivais no mercado à jusante, com os quais sequer mantém relação contratual.” (§§373-374)

É o que fica claro no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (“Google Shopping”), em que foram avaliadas as práticas do Google relacionadas aos *Product Listing Ads* (“PLAs”). O caso discute alegado favorecimento de ferramenta própria de comparação de preços (o Google Shopping), nas primeiras posições dos resultados apresentados no Google Search. De acordo com o representante, tal modelo de atuação seria incompatível com o funcionamento dos comparadores de preços concorrentes ao Google Shopping, gerando prejuízos e comprovante adoção de conduta discriminatória.

A análise do CADE concluiu que as práticas do Google possuíam como motivação e resultado a melhoria da qualidade e a experiência de buscas na internet para os usuários. O voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia considerou que, em que pese a posição dominante do Google, existiriam eficiências decorrentes da exibição dos PLAs em formato dinâmico, não disponível a terceiros, capazes de afastar a conclusão pela ilicitude da prática de diferenciação analisada.

O Tribunal entendeu, portanto, pela existência das seguintes eficiências na avaliação das preocupações concorrenciais alegadas no caso: (i) investimentos contínuos em pesquisa e desenvolvimento, (ii) a melhor qualidade dos produtos/serviços ofertados para consumidores finais e *players* verticalmente relacionados e (iii) uma forma inovadora de comercializar os produtos que teria beneficiado os consumidores e o mercado como um todo. Outro fator chave levado em consideração pelo Tribunal, ao reconhecer justificativa legítima da prática consistiu no reconhecimento do direito de o Google formular seus próprios produtos. Sendo assim, de acordo com o Relator, o padrão PLA incentivaria varejistas a manterem informações de seus produtos detalhadas e atualizadas e conectava os interessados diretamente a vendedores dos produtos, aumentando a taxa de conversão em compras.

Acerca da apresentação de imagens apenas nos anúncios do Google, o Relator ressaltou que a prática gera benefícios para os lojistas porque também aumenta as chances de conversão do clique para uma compra, além de chamar mais atenção dos usuários. Devido às eficiências apresentadas

e à ausência de provas de manipulação de algoritmos de busca, o Tribunal entendeu que, ao lançar o PLA, o Google inovou com o objetivo de melhorar a qualidade e a experiência de buscas na internet para os usuários.

Avaliação semelhante foi realizada também no âmbito do Inquérito Administrativo n. 08700.003211/2016-94 (“Google One Box”). No caso, o Yelp (site de avaliação de estabelecimentos comerciais) alegava abuso de posição dominante no mercado de busca geral, por parte do Google, para desviar tráfego de usuários para seus próprios produtos de busca vertical. O Yelp acusou o Google de utilizar a Busca Universal e o OneBox para desviar tráfego de usuários em busca de informações locais de outros sites para o próprio Google (ou seja, exclusão do Yelp e outros concorrentes da OneBox). Tal priorização de resultados próprios da Representada em sua página de resultados em detrimento da exibição de resultados oriundos da busca orgânica geral do Google, a qual poderia incluir resultados com links para outros buscadores locais, estaria associada à vinculação da busca local por estabelecimentos aos resultados de busca geral. Ocorreria assim uma espécie de alavancagem na modalidade self-preferencing. Isto é, o Google, valendo-se de sua posição dominante na busca geral, considerada pela Representante como uma espécie de “portal de entrada” da internet, reteria em seus domínios os usuários que buscam informações sobre serviços locais ao apresentar na OneBox somente resultados com links para outras páginas do Google e não para páginas de outros buscadores locais.. Ao arquivar o IA, a SG entendeu que, caso os algoritmos dos buscadores fossem neutros, seus resultados seriam idênticos para todos os usuários, uma vez que, ao eliminar dos buscadores critérios subjetivos (a exemplo do histórico pessoal de pesquisa), os resultados gerados para uma busca por determinada palavra-chave seriam iguais para todos os usuários que por ela pesquisassem. Desse modo, destacou que imposições de neutralidade poderiam acarretar desincentivo à inovação e à concorrência dinâmica e concluiu pelo arquivamento do caso.⁴⁴

⁴⁴ “De fato, é a não neutralidade dos seus algoritmos que permite a um buscador identificar, entre os diversos resultados possíveis, aquele que possui maior probabilidade de

Outro precedente interessante envolvendo plataformas digitais envolveu representação da Rappi em face do Ifood⁴⁵. Em sua representação, a Rappi alegou que a iFood teria posição dominante no mercado de pedidos online de comida e que se valeria dessa condição para adotar práticas verticalmente restritivas, por meio da celebração massiva de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros. Afirmou a Representante que, adotando uma estratégia de discriminação no tratamento dos restaurantes exclusivos, a Representada criaria um forte incentivo à adesão dos restaurantes a esse modelo de negócio mais restritivo.

Neste caso, a Superintendência-Geral do CADE adotou medida preventiva que determinou a suspensão da celebração de novos contratos de exclusividade por essa plataforma com restaurantes até a conclusão das investigações. A SG identificou o poder de mercado da Representada, em decorrência de sua participação de mercado, que superaria, sob qualquer ótica, os 20% exigidos na Lei nº 12.529/2011 para que se autorize a presunção de posição dominante. Levou-se em conta, também, que o

corresponder à real intenção do usuário ao realizar sua pesquisa.

Caso os algoritmos dos buscadores fossem neutros, seus resultados seriam idênticos para todos os usuários, uma vez que, ao eliminar dos buscadores critérios subjetivos (a exemplo do histórico pessoal de pesquisa), os resultados gerados para uma busca por determinada palavra-chave seriam iguais para todos os usuários que por ela pesquisassem. [...]

Além do possível desincentivo à inovação e à concorrência dinâmica que uma imposição de neutralidade da busca poderia acarretar, conforme salientado pelo DEE na citação acima, os modelos propostos pela Representante para a alimentação da OneBox não implicam neutralidade em termos concorrenciais. Em verdade, a utilização de bancos de dados de buscadores locais já consolidados no mercado implicaria reforçar visibilidade gratuita de quem já está no mercado. O mesmo se aplica caso o critério utilizado fosse o web index do Google. Em ambos os casos, buscadores locais incumbentes teriam direito à exibição gratuita em um espaço proeminente da página de resultados, enquanto buscadores entrantes precisariam arcar com gastos com publicidade caso quisessem figurar em posição de destaque na página de resultados.” (§§371-379 da Nota Técnica nº 20/2022/CGAA11/SGA1/SG/CADE, SEI 1121545)

45 Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 (Representantes: Rappi Brasil Intermediação de

Negócios Ltda. e Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – ABRASEL; Representado: Ifood.com Agência de Restaurantes Online S. A.)

iFood desfrutaria da chamada “vantagem do pioneiro” e que, embora a rivalidade no mercado de origem seja crescente, ainda se mostra incipiente. Quanto à existência do *periculum in mora*, destacou-se que, ainda que a conclusão, ao final do processo, fosse pela ilicitude da prática, com a determinação de abstenção da conduta e demais cominações legais, se a Representada continuasse a firmar contratos de exclusividade com mais restaurantes indiscriminadamente, as consequências da possível infração já teriam produzido seus efeitos sobre o mercado, podendo até resultar na saída de agentes do mercado, diminuindo as opções dos consumidores. Cabe notar que, ao final, a medida preventiva teve sua perda de objeto declarada diante da assinatura e homologação de Termo de Cessação de Conduta (TCC) pelo iFood e pelo Tribunal do CADE.

Assim, a análise dos casos selecionados demonstra que, **em que pese a existência de nuances analíticas específicas a depender do mercado avaliado e da modalidade** da conduta discriminatória, o CADE tem sido consistente na determinação de que a constatação da real ilicitude das práticas é feita a partir da ponderação dos elementos justificadores elencados acima, sob a perspectiva da chamada regra da razão.

3. EXTRAÇÃO DAS REGRAS JURISPRUDENCIAIS E CONTRASTE COM O PL 2768

Para facilitar a análise, vamos resgatar aqui as regras condicionais *ex-ante*, conforme os cenários de interpretação C2-A e C2-B do PL2768/21:

Tabela 1: Regras extraídas do art. 11 do PL 2768

REGRA 1	Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a conduta discriminatória for praticada com a adoção de critérios técnicos e não arbitrários, então a discriminação é permitida (há razões a favor da permissão da discriminação)
REGRA 2	Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a conduta discriminatória não oferecer risco de dano ao mercado, então a discriminação é permitida (há razões a favor da permissão da discriminação)
REGRA 3	Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a conduta discriminatória trazer benefícios ao mercado ou reduzir custos, então a discriminação é permitida (há razões a favor da permissão da discriminação)
REGRA 4	Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se houver elevada competição na oferta do serviço pela plataforma, então a conduta discriminatória é permitida (há razões a favor da permissão da discriminação)

Vamos contrastar agora a aplicação dessas regras com as regras extraídas da jurisprudência do CADE sobre condutas discriminatórias, conforme a metodologia descrita no Capítulo 1. O objetivo é mensurar ou ter uma visão mais clara dos impactos da regulação proposta mercados online pela identificação de conflitos. Serão abordados aqui os seguintes casos:

Tabela 2: Casos analisados

CASO	PROCESSO	DATA DO JULGAMENTO	DECISÃO DO CADE
GOOGLE SHOPPING	PA nº 08012.010483/ 2011-94	19/06/2019	Arquivamento. O Tribunal reconheceu o poder de mercado do Google e incentivos à exclusão, mas considerou que não foram identificadas as condutas anticompetitivas alegadas (manipulação de algoritmos da busca orgânica do Google e práticas discriminatórias como bloqueio de acesso aos <i>Product Listing Ads</i>). Além disso, foram reconhecidas eficiências decorrentes da ferramenta Google Shopping, tanto para os consumidores quanto para os anunciantes brasileiros.
GOOGLE ONEBOX	IA nº 08700.003211/2016-94	22/09/2022	Arquivamento. Apesar de constatar o poder de mercado do Google, a SG-CADE considerou que a busca orgânica do Google não seria um insumo essencial. A SG reconheceu a falta de neutralidade dos algoritmos, mas como uma eficiência que gera inovação (personalização dos resultados de busca). Quanto ao posicionamento privilegiado de sites do Google no <i>OneBox</i> , a SG concluiu pela ausência de dano porque a conduta não impedia que concorrentes figurassem em posições de destaque.

GOOGLE ADWORDS	PA nº 08700.005694/2013-19	19/06/2019	Arquivamento. Apesar de reconhecer o poder de mercado do Google, considerou-se que os termos da API asseguravam proteções adicionais aos dados dos anunciantes e garantiam a atualização das funcionalidades oferecidas pelo Google, se justificando em termos de negócios e gerando eficiências. Também se concluiu pela ausência de dano, uma vez que os termos não impediam a transferência de campanhas entre plataformas.
VELOE VS CONNECT CAR E SEM PARAR	IA nº 08700.006268/2018-15	14/12/2020	Arquivamento. Apesar de reconhecer o poder de mercado das Representadas, a SG examinou a tecnologia e investimentos necessários para entrada no mercado e concluiu pela viabilidade de entrada independente e tempestiva, não reconhecendo a possibilidade de dano e efeito exclusionário.
PTI VS TARGET & ABNT	PA nº 08012.002917/2002-91	04/08/2015	Arquivamento. O Tribunal do CADE considerou que os acordos de exclusividade celebrados entre os Representados se justificariam em razão dos investimentos realizados pela Target para o desenvolvimento de software para acessar as normas da ABNT, gerando bem-estar ao consumidor.

<p>CIELO VS LINX & STONE</p>	<p>IA nº 08700.004226/2020-56</p>	<p>20/01/2023</p>	<p>Arquivamento. A SG decidiu pela ausência de indícios da conduta (não foi identificada qualquer oferta ou pressão para que clientes trocassem sua solução de pagamentos pelas da Stone), de racionalidade (criar embaraços à integração de seus softwares ao sistema de outras adquirentes geraria insatisfação e perda de clientes) e de dano (a participação de mercado de concorrentes das Representadas teria crescido, enquanto a da Linx teria caído).</p>
<p>COMGÁS VS PETROBRAS</p>	<p>PA nº 08700.002600/2014-30</p>	<p>10/07/2019</p>	<p>Arquivamento. Apesar de reconhecer o poder de mercado da Petrobras, o Tribunal considerou que a conduta apresentava justificativas (contexto de ampliação da competitividade do gás natural frente a outras fontes de energia) e eficiências (a longo prazo, os contratos objeto da Representação foram barateados, em benefício da Representante e clientes, além de outras eficiências como preservação de investimentos em infraestrutura e das empresas que dependem de tal infraestrutura).</p>

THC2	PA nº 08700.005499/2015-51	13/02/2021	Condenação. O Tribunal considerou tratar-se de monopólio com incentivos exclusionários e decidiu pela existência de discriminação, pois haveria dupla cobrança pelos mesmos serviços prestados pela Representada, não se justificando a cobrança da taxa THC. Foram rejeitados argumentos da Representada quanto aos efeitos (falha em demonstrar que os custos do importador seriam equivalentes contratando seus serviços ou de recintos independentes) e à eficiência (que seria o subsídio a investimentos nos serviços portuários).
ÂMBAR VS PETROBRAS	IA nº 08700.009007/2015-04	29/03/2018	Arquivamento. Embora tenha reconhecido a ausência de alternativas (inviabilidade da importação de gás natural) e a possibilidade de dano (impedimento à Ambar de concorrer no mercado e elevação de preços de energia aos consumidores), a SG acolheu a justificativa de negócio da Petrobras de que a Ambar não teria compliance anticorrupção satisfatório. Não houve alegações de eficiência.
PROGRAMAS DE FIDELIDADE DE CIAS AÉREAS	IA nº 08700.001519/2019-48	17/01/2023	Arquivamento. A SG acatou as justificativas de negócios apresentadas pelas Representadas (caráter comum das práticas denunciadas em programas de fidelidade diversos, além de razões de operacionalidade e sustentabilidade dos programas) e decidiu pela ausência de dano, por não haver provas de interferência nos preços das passagens aéreas.

<p>ENIO JOSÉ VERRI VS WHITE MARTINS</p>	<p>IA nº 08700.003341/2022-75</p>	<p>13/10/2022</p>	<p>Arquivamento. Apesar de reconhecer poder de mercado e existência de danos a agentes do mercado, a SG considerou que a interrupção do fornecimento de produtos por parte da Representada a certas empresas estaria justificada, por decorrer de motivos alheios à Representada e porque a priorização de determinados clientes possui base em condições contratuais diferenciadas e legítimas.</p>
<p>BT VS CONSÓRCIO VIVO, OI, CLARO</p>	<p>PA nº 08700.011835/2015-02</p>	<p>11/05/2022</p>	<p>Condenação. O Tribunal reconheceu poder de mercado das Representadas e existência de justificativas de negócios para a conduta (qual seja, formação de consórcio em licitação com discriminação de preços em relação à concorrente), em razão da complementaridade das redes das operadoras e redução de custos pela integração de infraestrutura. No entanto, considerou a conduta como colusiva e descartou argumentos de eficiência, já que as Representadas não comprovaram a impossibilidade de atuar de modo independente nos pregões, e apontou para danos à concorrente e à coletividade, pois os preços poderiam ter sido ainda menores se tivesse sido oportunizada a competição por rival.</p>

<p>COMGÁS VS PETROBRAS, WHITE MARTINS E GNL GEMINI</p>	<p>PA nº 08012.011881/2007-41</p>	<p>13/12/2016</p>	<p>Condenação. O Tribunal reconheceu o poder de mercado e analisou os incentivos e materialidade do tratamento discriminatório (fornecimento de gás natural pela Petrobrás em condições privilegiadas ao Consórcio). Os indícios encontrados foram: preço do fornecimento de gás ao Consórcio (inferior ao do mercado), cláusulas contratuais mais vantajosas ao Consórcio, e fechamento de mercado por meio de captura de ‘clientes âncoras’. Identificou-se subsídio cruzado e consequente dano à concorrente, que pagava valor excessivo pelo produto.</p>
<p>SEMASA VS SABESP</p>	<p>IA nº 08700.011091/2015-18</p>	<p>20/07/2017</p>	<p>Arquivamento. A SG considerou ausentes indícios suficientes de prática anticompetitiva, tratando-se de lide relacionada a temas regulatórios ou privados (segundo o Semasa, a ausência de regulação efetiva teria permitido que a Sabesp discriminasse os prestadores autônomos municipais de fornecimento de água no varejo). Houve justificativa, já que os preços praticados pela Sabesp no varejo seriam definidos em processo administrativo aberto no âmbito de agência reguladora estadual, e não haveria dano causado pela conduta, já que a dívida da Semasa teria origem não em preços discriminatórios, mas em decisões administrativas da empresa.</p>

<p>VIDEOLAR- IN-NOVA VS BRASKEM</p>	<p>PP nº 08700.000511/2018-83</p>	<p>03/05/2019</p>	<p>Arquivamento. A SG reconheceu o monopólio da Representada no mercado à montante (de resinas PP, insumo essencial para o mercado à jusante, de filmes BOPP) e o favorecimento de compradores internacionais de PP em detrimento dos nacionais (como a Representante), ligado a distorções no mercado causadas por incentivos fiscais e medidas de política comercial. Todavia, não haveria indícios de discriminação anticompetitiva porque a Braskem não atua no mercado de BOPP, logo não teria incentivos exclusionários.</p>
<p>ALARMES AUTOMOTIVOS</p>	<p>PA nº 08012.005009/2010-60</p>	<p>12/08/2020</p>	<p>Condenação. O Tribunal reconheceu a posição dominante da Representada e a materialidade da conduta discriminatória consubstanciada nos contratos de exclusividade com distribuidores, causando danos concorrenciais ao elevar artificialmente as barreiras à entrada e/ou à expansão no mercado de alarmes automotivos, sem que houvesse justificativa e eficiências plausíveis.</p>

<p>ANTAQ VS OGMOS DE PORTOS DO PARÁ</p>	<p>PA nº 08700.008751/2015-83</p>	<p>16/06/2021</p>	<p>Condenação. O Tribunal verificou a discriminação anticompetitiva consubstanciada na cobrança de taxa de novos operadores portuários que viessem a se filiar ao Órgão Gestor de Mão de Obra dos portos de Belém e Vila do Conde (OGMO-BVC). O Tribunal rejeitou as justificativas apresentadas, relacionadas à necessidade amortização de passivos trabalhistas e a investimentos realizados, uma vez que o reajuste foi desproporcional, não houve a adoção de parâmetros técnicos para o aumento no valor e o ônus recaiu somente sobre entrantes.</p>
<p>DISCRIMINAÇÃO NO TRANSPORTE DE VALORES</p>	<p>IA nº 08700.004681/2019-18</p>	<p>26/08/2022</p>	<p>Arquivamento. A SG considera que a conduta de imposição de multas pelas Representadas à Representante (transportadora) em caso de entregas feitas após as 18h era justificada por estar prevista contratualmente. Quanto à alegada prática de preços predatórios em certames públicos, a SG concluiu pela inexistência da conduta diante de estudo econômico demonstrando que os preços praticados pela Representadas eram superiores a seus custos marginais, não havendo preço predatório.</p>

3.1 *COMGÁS VS PETROBRAS (PA 08700.002600/2014-30)*

A Comgás representou contra a Petrobras perante o CADE acusando-a de discriminação de preços e condições de contratação no fornecimento de gás natural pela Petrobras às concessionárias de distribuição de gás canalizado, de forma a beneficiar distribuidoras relacionadas à Petrobras, em detrimento das distribuidoras não integradas. A Petrobras teria atuado de maneira discriminatória ao conceder descontos unilaterais sobre o preço do gás natural a apenas uma modalidade de contratação de gás natural canalizado, gerando vantagens competitivas a sua subsidiária Gás Brasileiro Distribuidora S.A. (“GBD”), em detrimento da Comgás.

Após a instrução da denúncia, convertida em Processo Administrativo, o parecer da Superintendência-Geral recomendou a condenação da Representada por entender pela existência de conduta discriminatória no fornecimento de gás natural, em prejuízo da concorrência, durante o período de abril de 2011 a maio de 2015. Não obstante, o Tribunal do CADE decidiu pelo arquivamento da denúncia.

No voto, constatou-se o poder de mercado da Petrobras, tratando-se à época de monopolista do mercado de transporte de gás natural, regulado pela ANP e pela Arsesp, com significativa participação no mercado de distribuição, e em mercados de combustíveis substitutos. Não obstante, considerou-se que não haveria elementos probatórios suficientes a indicar uma conduta discriminatória abusiva da Petrobras. O Tribunal do CADE acolheu a alegação da Petrobras de que a política de preços do gás natural ofertado à Comgás estaria num contexto mais abrangente de ampliação da competitividade do gás natural frente a outras fontes de energia, como o óleo combustível. Nesse sentido, à época haveria uma política pública de investimentos elevados em fontes energéticas alternativas, para uma maior diversificação da matriz energética. Considerou-se que essa política trouxe eficiências que beneficiaram própria Comgás. Foi reconhecido que contratos que seriam o objeto da Representação seriam significativamente mais baratos, e clientes da Representante teriam, também, sido beneficiados de um fornecimento de gás natural mais barato quando considerado um

período ampliado da conduta apurada. Os efeitos dessa prática sobre o mercado seriam, assim, de difícil visualização, e tratativas entre as Partes apontariam mais aspectos privativos do que efetivos prejuízos à ordem econômica. Foram, ademais, identificadas eficiências de preservação de investimentos em infraestrutura, assim como preservação das empresas que dependem de tal infraestrutura para seus processos produtivos.

Mesmo **havendo poder de mercado e dano pela dificuldade em acessar o insumo**, se o mercado a montante for regulado, não houver impacto sobre preços aos consumidores finais e houver justificativa de interesse público em termos de estímulo a competitividade de produtos substitutos, então a discriminação de preços é permitida.

Vamos concentrar a análise nos cenários C2, deixando de lado os cenários triviais C1 (em que haveria a condenação categórica da discriminação) e C3 (em que o mesmo método de análise seria aplicado implicando a mesma decisão tomada pelo CADE).

No cenário C2-A de aplicação estrita e interpretação literal das regras condicionais permissivas, não encontramos nenhuma condição suficiente que seja aplicável ao caso para excepcionar a proibição de discriminação. Não há uma justificativa de negócio, ou justificativa comercial, para a prática do desconto, tendo em vista que a justificativa aceita pelo CADE diz respeito ao interesse público e estímulo a competição e outros mercados regulados. Assim, não se aplica a exceção da regra 1 do PL. Por outro lado, o CADE reconheceu o potencial e mesmo o dano efetivo a concorrentes não integrados, mas ponderou que não haveria impactos sobre os preços finais dos consumidores. Portanto, não se aplica a exceção da regra 2, ou seja, ausência de danos (pelo contrário, aqui há uma razão contra a discriminação). O fato de os preços mais altos aos distribuidores não integrados não ser repassado, por restrições regulatórias, aos consumidores, também não permite dizer que a prática beneficia o mercado, no

sentido de beneficiar os consumidores finais como prevê a regra 3 do PL. Tampouco havia elevada competição na oferta do serviço, pois tratamos de um fornecedor monopolista, praticamente. Assim, no cenário C2-A haveria a condenação da Representada.

Como não há, no caso, sequer um fator dentre os previstos no PL 2768 para excepcionar, estritamente, a discriminação, por consequência também não há razões a favor da discriminação no cenário **C2-B**. As razões operam todas contra a discriminação: há poder de mercado, a competição na oferta é inexistente, não há justificativa comercial para a discriminação e há não só o risco como dano efetivo a concorrentes. Também não é possível dizer que a prática beneficia o mercado ou os consumidores (os consumidores apenas não são prejudicados com a prática).

Com isso, teríamos em todos os cenários de aplicação de regras *ex-ante*, conflito com a decisão do CADE, a não ser na hipótese trivial de uso da metodologia de análise antitruste pelo CADE.

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Comgás v. Petrobrás	Conflita	Conflita	Conflita	Converge

Este caso ilustra a riqueza e flexibilidade da metodologia de análise antitruste e a abertura da autoridade concorrencial em relação à política de concorrência frente a outros interesses públicos, o que não é capturado pelas condições previstas para exceptuar as obrigações previstas no PL 2768.

3.2 THC 2 (PA 08700.005499/2015-51)

O Processo Administrativo foi instaurado após representação pelas empresas Atlântico Terminais S.A. e Suata, operadoras de terminais “secos”, contra a operadora de terminal portuário Tecon Suape- portanto concorrente no serviço de armazenagem e despacho da carga e também seu fornecedor do serviço de desembarque e segregação para entrega- pela

prática de discriminação mediante a cobrança abusiva pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, conhecida como *Terminal Handling Charge 2* (“THC2”) ou taxa relativa ao serviço de segregação e entrega de contêineres (“SSE”), que seria uma cobrança injustificada e não aplicável ao próprio serviço armazenagem e desembarço da carga prestada pelo Terminal portuário.

O CADE condenou a prática, justificando, no voto condutor, que a discriminação estava presente, pois a descarga e entrega já seria cobrada e o serviço de segregação e entrega seria uma duplicação de taxa, de modo que não viu justificativa de negócio razoável para a cobrança. Entendeu presente poder de mercado upstream, pois o terminal portuário era exclusivo, portanto, um monopólio, com incentivos para impor a cobrança abusiva aos recintos alfandegados independentes, que não possuiriam alternativa a não ser se submeter ao pagamento da cobrança. O Conselheiro relator também avaliou a discriminação observando o efeito da conduta nos custos do importador (destinatário final), concluindo que a Tecon falhou em demonstrar que esses seriam equivalentes contratando a armazenagem da Representada ou de recintos independentes, portanto que a prática traria impactos negativos aos clientes, rejeitando as justificativas de negócio apresentadas e os argumentos de eficiência em relação a subsídio aos investimentos para ampliação e melhoria da qualidade dos serviços portuários.

A justificação permite extrair a seguinte regra:

Em mercados regulados a montante e a jusante, **havendo poder de mercado e incentivo a exclusão, se a discriminação impacta o preço final a clientes do concorrente não integrado, então, mesmo que a discriminação incentive investimentos no setor, a discriminação de preços é proibida.**

Embora a especificação seja mais rica quanto aos fatores que levam à proibição da proibição, neste caso é possível reconduzir cada fator a um item das regras presentes no PL 2768, uma vez que é possível inferir que, além de haver poder de mercado, (i) houve dano aos clientes e aos concorrentes, (ii) não havia justificativa razoável de negócio, (iii) não havia competição na oferta de serviço da infraestrutura portuária. Por fim, (iv) os incentivos a investimento, que não foram aceitos como eficiências naquele caso, também não se enquadram, ao menos em leitura literal, como benefícios ao mercado ou reduções de custo.

Esse aspecto é importante, pois mostra uma limitação da linguagem presente no PL 2768 para capturar eficiências dinâmicas, no sentido de incentivos ao investimento e inovação. No caso THC2, um dos argumentos relevantes em termos de eficiência estava na necessidade de investimentos para modernizar os terminais portuários nacionais, tanto para ganho de escala, como para aumento de qualidade e velocidade de descarga.

Considerando que eficiências dinâmicas são temas frequentes em mercados digitais de elevada inovação, essa limitação da formulação do texto no PL 2768 é crítica.

Feitas essas considerações, teríamos, nesse caso, convergência entre o PL e a decisão do CADE em todos os cenários, com a nota, porém, de limitação do PL 2768 para capturar eficiências dinâmicas, que, neste caso específico, não foram aceitas pelo CADE.

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
THC2	Converge	Converge	Converge	Converge

3.3 ÂMBAR X PETROBRAS (IA N. 08700.009007/2015-04)

Trata-se de denúncia apresentadas pela Âmbar, empresa do grupo JBS controladora de termelétrica em Cuiabá, em face da Petrobras, por discriminação de preços, recusa de contratar e criação de dificuldades a entrada de no mercado de energia elétrica. A Petrobras estabeleceria preços mais elevados e traria dificuldades à contratação da termelétrica contratada pela Âmbar em relação às próprias usinas controladas ou nas quais a Petrobras detinha participação. Segundo análise pelo CADE, seria inviável a importação de gás natural, não havendo, portanto, alternativas e não foi feita alegação de eficiência por parte da Petrobras. O potencial prejuízo a consumidores e elevação de preços de energia foi reconhecido, tendo em vista a elevada capacidade e escala da termelétrica e a falta de acesso ao insumo essencial de fato impedia a Ambar de concorrer no mercado. Porém, a justificativa de negócio em função do entendimento da Petrobras de que a Ambar não teria compliance anticorrupção satisfatório foi aceita pelo CADE.

Desses elementos, é possível extrair a seguinte regra:

Em mercados regulados, ainda que haja poder de mercado, incentivo a exclusão e prejuízo a concorrente, se a diferença de tratamento comercial for justificada por compliance com a legislação anticorrupção, a discriminação de preços e de acesso ao produto é permitida.

No Cenário 2-A, a justificativa negocial consistente em compliance com legislação anticorrupção pode ser considerado um “critério não arbitrário”, o que dispararia a regra 1 de exceção à proibição geral de discriminação. Nesse sentido, também não haveria a condenação com base no PL 2768. Já no cenário 2-B, temos uma coleção de razões contra a discriminação como poder de mercado, dano à concorrência e a clientes, ausência de competição no mercado *upstream* e ausência de benefícios ao

mercado ou ao consumidor (embora não tenham sido alegadas eficiências e a análise do CADE não tenha adentrado no tema, é implausível vislumbrar redução de custos, benefício ao consumidor - tendo em vista a elevação dos preços pela ausência de oferta de energia adicional no sistema- ou ao mercado com a prática). Sendo assim, a análise dispararia três fortes razões contra a discriminação e apenas uma razão a favor da prática, e teríamos aqui a conclusão pela condenação, divergindo da decisão do CADE. Este caso traz uma nota interessante sobre a diferença entre um conjunto de regras contributivas, com razões a favor e contra a serem ponderadas pela autoridade, versus uma metódica procedimental de análise. Na metódica, a análise pararia no passo de exame de justificativa comercial razoável, não se adentrando nos demais itens, procedimento que não temos em uma previsão de regras *ex ante* que pressupõe a aplicabilidade de todas as razões. Obviamente, se interpretarmos a ponderação de razões presente nas regras por meio do mesmo procedimento da metódica, colapsaríamos no cenário trivial C3. Temos assim, o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Âmbar vs. Petrobras	Conflita	Converge	Conflita	Converge

3.4 GOOGLE SHOPPING (PA N° 08012.010483/2011-94)

Usamos esse caso como exemplo no item 1 deste Capítulo para ilustrar didaticamente a metódica. Para conveniência do leitor, vamos reproduzir os elementos relevantes aqui:

Trata-se de Processo Administrativo instaurado a partir de denúncia do Buscapé, empresa atuando no mercado de comparação de preços online. O Google praticaria alavancagem artificial de posição dominante na busca orgânica ao mercado *downstream* de sites de comparação de preços, por meio de sua própria ferramenta comparadora de preços denominada Google Shopping. Conforme a acusação, a Representada promoveria

favorecimento artificial de seu comparador de preços em resultados de ‘buscas orgânicas’ no Google Busca. Nesse sentido, a Representante acusava o Google de práticas discriminatórias, uma vez que, desde 2013, havia passado a posicionar de maneira fixa os resultados do Google Shopping no topo ou na lateral da página de resultados do Google Busca, por meio de anúncios com imagens (“Product Listing Ads”, ou “PLA”), o que não era disponibilizado a concorrentes. Tal modelo de atuação, segundo a Buscapé, seria incompatível com o funcionamento dos comparadores de preços concorrentes ao Google Shopping, gerando prejuízos e comprovante adoção de conduta discriminatória.

Acerca da análise sobre risco de dano o CADE entendeu que a Google deteria posição dominante no mercado de busca genérica, bem como incentivo e racionalidade para fechar o mercado de comparadores de preços. O CADE também concluiu pela inexistência de evidências que fossem capazes de corroborar a prática de condutas anticompetitivas relacionadas, por exemplo, à eventual manipulação algorítmica no intuito de o Google favorecer sua própria ferramenta comparadora de preços. A Superintendência-Geral (“SG”)⁴⁶, em sua análise, ressaltou que, embora não tenha sido possível concluir pela existência de nexo de causalidade entre as práticas do Google e eventuais prejuízos ao mercado, ou mesmo quantificar os possíveis efeitos da conduta no tráfego dos comparadores de preço, existiriam indícios de que houve efeitos negativos sobre os serviços de comparação de preço concorrentes. No entanto, a SG reforçou que não foi possível comprovar esses prejuízos em uma análise contrafactual. Ademais, foi reconhecido que a empresa inova constantemente e proporciona experiências favoráveis aos usuários. Assim, a SG concluiu que não existiam elementos robustos para, em uma análise pela regra da razão, condenar o Google pelas práticas denunciadas, de modo que sugeriu o arquivamento do processo administrativo.

46 Nota Técnica nº 51/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI 0549266).

O Relator do caso, em seu Voto, também afirmou não ser possível verificar manipulação de algoritmos da busca orgânica do Google no mercado brasileiro. Além disso, destacou não terem sido confirmadas práticas discriminatórias relacionadas, por exemplo, a práticas de bloqueio de acesso a uma estrutura essencial (no caso, os PLAs). Ainda, o Voto do Conselheiro ressaltou que, em que pese o poder de mercado da Representada, existiriam eficiências decorrentes da ferramenta Google Shopping, tanto para os consumidores quanto para os anunciantes brasileiros. De acordo com o Relator, o padrão PLA incentivaria varejistas a manterem informações de seus produtos detalhadas e atualizadas e conectava os interessados diretamente a vendedores dos produtos, aumentando a taxa de conversão em compras. Acerca da apresentação de imagens nos anúncios, o Relator ressaltou que a prática gera benefícios para os lojistas porque também aumenta as chances de conversão do clique para uma compra, além de chamar mais atenção dos usuários. Devido às eficiências apresentadas e à ausência de provas de manipulação de algoritmos de busca, o Tribunal entendeu que, ao lançar o PLA, o Google inovou com o objetivo de melhorar a qualidade e a experiência de buscas na internet para os usuários.

Podemos extrair, assim, a seguinte regra:

Ainda que haja poder de mercado, incentivo à exclusão e danos a concorrentes, mesmo que não haja justificativa comercial para a discriminação e não haja competição na oferta do serviço, se há benefícios como maior conversão de compras aos clientes anunciantes em plataformas e aumento de qualidade aos consumidores finais, então a discriminação de exposição de resultados de busca é permitida.

Caso fosse aplicado o **Cenário 2A**, então não haveria conflito, pois bastaria a verificação da condição de benefícios aos clientes e consumidores para permissão da prática pela regra 3, lida de modo estrito. Caso

fosse aplicado o **Cenário 2B**, então haveria provável conflito, tendo em vista que, apesar de haver a identificação de benefícios aos consumidores finais, houve, naquele caso, identificação de dano, com exclusão de concorrentes do mercado, o que conta como razão contra a discriminação, ao lado da reduzida competição na oferta do serviço de busca e ausência de justificativa técnica ou comercial. Ou seja há mais razões para a proibição do que para a permissão da conduta discriminatória.

Teríamos assim o seguinte quadro:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Google Shopping	Conflita	Converge	Conflita	Converge

Nota interessante é a diferença entre o cenário 2-B e a metodologia antitruste, em que as eficiências, uma vez consideradas suficientemente compensatórias, sobrepujam-se a todas as razões contrárias à prática que levariam à condenação. No cenário 2-B as eficiências em termos de benefícios ao mercado (consumidores) são apenas uma das razões, não havendo hierarquia entre as mesmas. Caso se use o mesmo critério, então colapsaríamos no cenário 3 e estaríamos diante de uma análise contextual *ex post* e não aplicação *ex ante* de regras contributivas.

3.5 CASO VELOE CONTRA CONECT CAR E SEM PARAR (IA N° 08700.006268/2018-15)

O inquérito administrativo foi instaurado a partir de representação da Veloe em face da Sem Parar e da Conectcar no mercado de identificação veicular por AVI. O caso envolvia o fornecimento de antenas para leitura de tags veiculares e o serviço de pagamento por identificação veicular. Foi identificada diferença entre os preços praticados para empresas integradas Connect e Sem Parar e aqueles praticados para não integradas. O preço praticado para o ativo tornaria a competição do concorrente não integrado inviável. Porém, o CADE, apesar de ter reconhecido a

presença de poder de mercado, considerou, ao examinar a tecnologia e investimentos necessários, que seria possível a entrada independente, de modo tempestivo, o que significa não ter reconhecido a possibilidade de dano e efeito exclusionário.

Ainda que haja **poder de mercado a montante, não haja justificativa técnica para o tratamento diferenciado e não haja benefício aos consumidores finais ou redução de custos, se o ativo for duplicável e houver alternativas de prestação do serviço sem acesso ao ativo fornecido e se a entrada independente for lucrativa, então a discriminação de preços do ativo relevante para a prestação do serviço é permitida.**

Na aplicação do PL2768 para o cenário 2-A teríamos a subsunção da regra estrita 2 de exceção da proibição de discriminação, ou seja, ausência de potencial de dano, o que levaria à não condenação, portanto convergente à decisão do CADE. Porém, analisando o PL 2768 no cenário 2-B haveria como razões contra a discriminação, o reconhecimento de poder de mercado, ausência de justificativa técnica específica para a discriminação, ausência de benefícios ao mercado ou redução de custos (pelo contrário a contratação das antenas traria receita adicional) e não havia competição na oferta de infraestrutura (antenas), pois apenas ConectCar e Sem Parar detinham a infraestrutura nos estacionamento. Portanto, no cenário 2-B haveria condenação, conflitando com a decisão do CADE. Temos assim, o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Veloe vs Connect Car e Sem Parar	Conflita	Converge	Conflita	Converge

3.6 CASO PROGRAMAS DE FIDELIDADE DE CIAS AÉREAS (IA N. 08700.001519/2019-48)

Trata-se de Inquérito Administrativo instaurado em face das empresas de fidelidade das companhias aéreas (Multiplus, Smiles e Tudo Azul) com vistas a apurar possíveis infrações à ordem econômica no mercado de programas de fidelidade consistentes em (a) alteração unilateral e retroativa das regras de resgate; (b) manipulação do valor ou eliminação dos descontos que os consumidores já fazem jus; (c) prazo de validade e expiração dos créditos; (d) extinção do programa sem reembolso dos créditos não resgatados; (e) propriedade dos pontos; (f) alteração para taxas de transferência; (g) responsabilidade limitada do administrador do programa de fidelidade.

Segundo a denúncia, o fato de o programa de fidelidade estruturar regras que proíbam a comercialização de milhas e a emissão de passagens aéreas em número ilimitado de pessoas poderia configurar discriminação de adquirente.

A SG considerou suficientes as justificativas apresentadas pelas Representadas no sentido de que: (i) é corriqueira a instituição de regras que limitem a comercialização ou transferência de pontos ou milhas a terceiros, em variados programas de fidelidade: de companhias aéreas ou não, e no Brasil e no exterior; (ii) as limitações contratuais possuem justificativas de ordem operacional e de sustentabilidade dos programas de fidelidade; (iii) não há provas de que a atuação das intermediadoras interfira nos preços das passagens aéreas pois a precificação de passagens é processo complexo no qual uma série de fatores são considerados e (iv) o percentual de venda de passagens por meio do resgate de milhas não é relevante no total de vendas de companhias aéreas, como a Latam, para se concluir que as intermediadoras tenham capacidade de influenciar o preço das passagens. Por tais fundamentos, o IA foi arquivado.

Ao analisar o caso, a Superintendência-Geral o arquivou com o seguinte fundamento:

Mesmo havendo poder de mercado e incentivo, se o segmento impactado pela potencial exclusão é pouco representativa no mercado total e não há impacto relevante nos preços para o consumidor em geral do serviço, havendo justificativas operacionais e de sustentação financeira do negócio, então é permitida a discriminação quanto à intermediação da comercialização do serviço por terceiros.

Neste caso, apesar de haver poder de mercado e não haver suficiente competição na oferta do serviço, tendo em vista que cada companhia controla seu programa de fidelidade e milhagens, não há potencial de dano e há justificativas de negocio. Assim, no cenário 2-A, a conduta seria permitida por haver subsunção a duas regras estritas de exceção (regras 1 e 2). No cenário 2-B, temos duas razões a favor da permissão e uma razão contra a permissão da prática, por não haver competição na oferta, mas apenas dentro de cada programa de milhagem. Numa consideração mais ampla, abrangendo a rivalidade entre companhias aéreas, essa conclusão poderia mudar, com mais razões a favor da permissão do que razões contra. Com isso, teríamos também a convergência com a decisão do CADE no cenário 2-B.

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Fidelidade de cias aéreas	Conflita	Converge	Converge	Converge

3.7 CASO CIELO X LINX & STONE (IA 08700.004226/2020-56)

Inquérito Administrativo instaurado a partir de representação da Cielo em desfavor da Linx em virtude de supostas práticas de venda casada, discriminação de preços e criação de dificuldades a concorrente, dentre outras condutas. Embora não seja objeto deste Estudo a conduta

de venda-casada, que constituiu o foco da análise, vamos considerá-la como forma de self-preferencing, seja porque houve discussão sobre discriminação nos preços praticados envolvidos no bundle de serviços, sejam porque, em sentido amplo, podemos considerar que há uma preferência e alavancagem em relação a produtos da mesma companhia. De acordo com a Representante, a Linx estaria promovendo a venda casada de seus softwares de gestão com suas soluções de pagamento, mediante a oferta de serviços em bundle com os serviços da Stone, credenciadora concorrente da Cielo no downstream. Além disso, estaria também criando dificuldades à integração da Cielo e de outras credenciadoras concorrentes da Linx Pay (solução de pagamento da Linx), como tentativa de transferir seu poder no mercado de softwares de gestão para o mercado de meios de pagamento.

Durante a instrução, a SG considerou que não foram identificados indícios de abuso de posição dominante por parte da Linx no mercado de software de gestão para alavancar sua posição no mercado de soluções de pagamento, na medida em que não foi identificada qualquer oferta, sugestão ou pressão para que as companhias oficiadas, atuantes nos mercados relevantes, trocassem sua solução de pagamentos pelas da Stone. A SG apontou que a participação de mercado de empresas concorrentes das Representadas teria crescido desde a aprovação do Ato de Concentração Linx/Stone, enquanto a solução de pagamento da própria Linx vem perdendo mercado. Portanto, não foram identificados efeitos negativos sobre o mercado. A SG considerou também que não haveria racionalidade para que Linx criasse embaraços à integração de seus softwares ao sistema de outras adquirentes, na medida em que, com essa estratégia, a empresa teria problemas reputacionais que levariam seus clientes não apenas a não desejar adquirir novos produtos (solução de pagamento da Stone) como traria incentivos para que o cliente, insatisfeito, rescindisse seu contrato de software de gestão com a Linx.

O IA foi arquivado pela Superintendência-Geral a partir da seguinte *ratio decidendi*:

Ainda que haja poder de mercado a montante, não haja competição suficiente na oferta do serviço, não haja justificativa comercial para a prática e não haja benefícios ao mercado ou redução de custos, se não há participação de mercado significativa da empresa integrada, há suficiente rivalidade no mercado a jusante e não há dano observado ao mercado, então a discriminação de condições comerciais com venda casada é permitida.

Neste caso, teríamos convergência com a decisão do CADE no cenário 2-A, tendo em vista a ausência de risco de dano. Já no cenário 2-B, o caso traz um aspecto interessante, qual seja, o fato da ausência de racionalidade da prática (pela incapacidade de trazer o efeito exclusionário suposto) pode, na análise antitruste integrada, colocar em dúvidas a caracterização da própria prática. Já em uma análise estanque, com regras *ex-ante* subsumidas ao caso, uma vez identificada a prática de *self-preferencing* ou venda casada, a ausência de risco de dano ou de racionalidade para causar o dano é apenas um fator a favor da permissão da prática (no caso, a regra de exceção 2 no PL 2768), que competirá com a subsunção das demais regras contributivas, como ausência de competição na oferta, ausência de critério técnico que justifique a prática, e ausência de benefícios aos consumidores ou redução de custos, que, no caso, trazem razões contra a permissão da prática. Assim, teríamos a permissão pelo CADE e a condenação pela aplicação do PL 2768.

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Cielo vs Linx & Stone	Conflita	Converge	Conflita	Converge

3.8 GOOGLE ONEBOX (IA 08700.003211/2016-94)

Representação promovida pelo Yelp contra o Google por práticas discriminatórias por parte do Google, para desviar tráfego de usuários para seus próprios produtos de busca vertical. Segundo a Yelp, Google utilizaria a Busca Universal e o *OneBox* para desviar tráfego de usuários em busca de informações locais de outros sites para o próprio Google. Foi alegado ainda que o Google, como fonte de tráfego para buscadores locais, seria insubstituível. Ocorreria assim uma espécie de alavancagem na modalidade *self-preferencing*. Isto é, o Google, valendo-se de sua posição dominante na busca geral, considerada pela Representante como uma espécie de “portal de entrada” da internet, reteria em seus domínios os usuários que buscam informações sobre serviços locais ao apresentar na *OneBox* somente resultados com links para outras páginas do Google e não para páginas de outros buscadores locais.

Mesmo tendo constatado poder de mercado do Google, na Nota de Arquivamento, a Superintendência Geral do CADE considerou que a busca orgânica do Google não seria um insumo essencial. Acerca da falta de neutralidade dos algoritmos de busca, a SG considerou que a não neutralidade dos seus algoritmos é que permite a um buscador identificar, entre os diversos resultados possíveis, aquele que possui maior probabilidade de corresponder à real intenção do usuário ao realizar sua pesquisa. Caso os algoritmos dos buscadores fossem neutros, seus resultados seriam idênticos para todos os usuários, uma vez que, ao eliminar dos buscadores critérios subjetivos (a exemplo do histórico pessoal de pesquisa), os resultados gerados para uma busca por determinada palavra-chave seriam iguais para todos os usuários que por ela pesquisassem. Desse modo, entendeu que a prática promovia inovação e concorrência dinâmica. Acerca do posicionamento privilegiado do Local Universal, a SG concluiu que a alimentação da *OneBox* com resultados próprios pela Representada não impedia que concorrentes figurassem em posições de destaque. Concorrentes tanto podem adquirir anúncios, como podem figurar nas primeiras posições da busca orgânica, desde que alcancem relevância para tal. Nesse sentido, a definição do posicionamento da *OneBox* do Local Universal seria

parte do modelo de negócios do Google que não acarretaria danos aos concorrentes. Assim, a Superintendência-Geral afirmou que a autoridade antitruste deve proteger a concorrência no mérito, e não o concorrente, havendo a necessidade indicar de modo claro a efetiva potencialidade de danos à concorrência e aos consumidores para que uma conduta como a avaliada possa ser considerada anticompetitiva.

Mesmo havendo poder de mercado e ausência de competição no serviço oferecido pela plataforma, ainda que não haja justificativa comercial para a discriminação, se não houver dano à concorrência e for viável competir mesmo sem o acesso isonômico ao serviço, e se a prática significar inovação com benefícios aos clientes, então a discriminação no acesso ao serviço é permitida.

Neste caso, como a conclusão do CADE foi pela ausência de dano à concorrência, há a subsunção da regra 2 de exceções à proibição geral de discriminação. Com isso, teríamos, no **Cenário 2-A**, convergência, com a permissão da discriminação. Já em relação ao **Cenário 2-B**, teríamos três razões contra a discriminação, quais sejam, não há justificativa comercial para a discriminação e não há competição na oferta da busca *upstream*, além de não haver em sentido estrito, benefícios ao mercado (consumidores finais), apenas aos clientes (anunciantes). Por outro lado, não foi detectado dano à concorrência, o que seria uma razão a favor da admissibilidade da discriminação. Em relação à regra 3, embora o CADE tenha afirmado não haver dano à concorrência, também não reconheceu benefícios ao mercado ou aos consumidores finais, apenas aos clientes anunciantes, o que não é propriamente a menção feita pelo inc. II do art. 10 do PL 2768 (regra 3). Também não há benefício em termos de redução de custos para o serviço. E como já destacado no item anterior, a formulação do texto em seu sentido literal, não comporta a consideração de eficiências dinâmicas. Nesta leitura, teríamos mais uma razão contra, o que poderia levar à condenação com a aplicação do PL 2768 no cenário **2-B**. Teríamos, assim o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Google Onebox	Conflita	Converge	Conflita	Converge

Este caso ilustra a limitação na redação do inc IV do art. 11 do PL 2768, que não é capaz de capturar o conceito mais amplo de eficiência na análise antitruste, que abrange benefícios de qualidade, não apenas ligadas a custos, bem como eficiências dinâmicas.

3.9 GOOGLE ADWORDS (PA N° 08700.005694/2013-19)

No caso, foi alegado pela Microsoft que o Google estaria restringindo a capacidade dos anunciantes (na plataforma de busca patrocinada *AdWords*) de usar as plataformas de busca patrocinada de concorrentes ao impedir a portabilidade cruzada de dados entre plataformas e a otimização de campanhas por meio do documento ‘Termos e Condições da API do *AdWords*, o que poderia ser traduzido nas práticas de (i) exercício de uso abuso da posição dominante do *AdWords* no mercado de busca patrocinada, (ii) limitação ou impedimento ao acesso de novas empresas ao mercado e (iii) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

O Conselheiro-Relator, em seu Voto⁴⁷, seguiu a definição da SG quanto ao mercado relevante, definido como o mercado de busca patrocinada em âmbito nacional. Após concluir pelo poder de mercado do Representado, o Conselheiro-Relator chegou à conclusão de que as limitações teriam se mostrado racionais e justificáveis, porquanto tendentes a buscar um melhor aproveitamento da plataforma de anúncios tanto para o Google quanto para os anunciantes e até mesmo para os consumidores.

47 SEI 0628841.

Considerou-se que as restrições não impediram a transferência de campanhas de uma plataforma para a outra, asseguravam proteções adicionais aos dados das empresas anunciantes, além de garantir que todas as funcionalidades oferecidas pela plataforma Google fossem disponibilizadas de forma atualizada.

Nesse sentido, o Conselheiro destacou que tais dispositivos gerariam eficiências aos anunciantes, garantindo que as propagandas tenham performances melhores, mesmo ao se considerar que anúncios não são bens de alto consumo racional de usuários. Diante de tais elementos, conclui-se que o uso de outros meios para a realização de *multihoming* não apresentou ligação direta com as cláusulas dos Termos e Condições, mas, sobretudo, com características do Google e do próprio mercado brasileiro de anúncios digitais.

A instrução também permitiu concluir que as plataformas de busca, agentes essenciais no mercado de dois lados de buscas patrocinadas, oferecem elas próprias ferramentas de otimização e sincronização de anúncios, compatibilizando-os entre as funcionalidades de cada plataforma. Então, o *multihoming* não é só permitido, como é incentivado pelos sites de busca. Diante do exposto, o voto do Relator foi pelo arquivamento do feito pela não tipificação das condutas descritas.

Mesmo havendo poder de mercado e incentivo exclusionário, a recusa de acesso a dados de usuários profissionais, baseada em critérios técnicos e não arbitrários, com justificativa na garantia de segurança das operações, sem risco de dano a concorrentes pela possibilidade de acessar os dados de modo alternativo e com benefícios aos clientes em termos de qualidade, é prática permitida.

Neste caso, há duas razões a favor da prática, que acionam a regra 1 (justificativa de negócio com critérios técnicos e não arbitrários) e a

regra 2 (ausência de dano a concorrência). Isso já permite dizer que no cenário 2-A a conduta seria permitida pelo PL 2768. Já em relação à regra 3, há benefícios aos clientes e aumento de qualidade, mas não há propriamente a subsunção à regra que fala em benefícios ao mercado e de redução de custos. Também não há competição na oferta do serviço. Com isso, considerando o cenário 2-B haveria duas razões a favor e duas contra a recusa. De modo conservador em relação ao impacto sobre segurança jurídica, consideraremos casos equilibrados entre razões a favor e contra como convergentes com a decisão do CADE. Assim, teríamos o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Google Adwords	Conflita	Converge	Converge	Converge

Mais uma vez o conceito mais amplo de eficiência utilizado na análise antitruste não é suficientemente capturado pelo PL 2768, o que traz a possibilidade de conflitos com decisões permissivas do CADE baseadas em análise de eficiências. Essa incompatibilidade tem aparecido em particular em casos envolvendo práticas ocorridas em serviços digitais. Caso seja objetivo do PL limitar a análise de eficiências nesses mercados, como forma de aumentar o rigor perante plataformas digitais, deve-se considerar também o impacto sobre o mercado e a inovação, ao se proibir condutas potencialmente eficientes.

3.10 PTIX TARGET & ABNT (PA 08012.002917/2002-91)

O Processo Administrativo foi instaurado a partir de denúncia da Publicações Técnicas Internacionais Ltda. (“PTI”), comercializadora de livros e revistas técnicas, em face da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e pela Target Engenharia e Consultoria Ltda. (“Target”) no mercado de comercialização de normas técnicas em formato digital. De acordo com a representação, a ABNT e a Target teriam firmado contrato

de exclusividade para a venda de normas técnicas em meio eletrônico, de modo que a única forma de aquisição das regras em formato digital seria por meio da empresa Target, o que traria como impacto o aumento substancial do preço, em média, quatro vezes superior àquele cobrado pelas normas impressas, e atribuindo à Target de modo arbitrário a possibilidade de comercializar as normas sem concorrência.

A exclusividade aqui pode ser lida como uma espécie de discriminação na medida em que, com a integração vertical decorrente da relação contratual, apenas uma única empresa do *downstream* possui um diferencial competitivo relevante, em detrimento de seus rivais.

Nesse caso, o Tribunal do CADE arquivou a representação, por reconhecer que os acordos de exclusividade celebrados entre os representados se justificariam em razão dos investimentos realizados pela Target para o desenvolvimento de novo um software para acessar as normas técnicas da ABNT, o que teria gerado bem-estar ao consumidor.

Mesmo havendo poder de mercado, efeito de exclusão de concorrentes, e ausência de competição no serviço, e houver justificativa de negócio para proteção do investimento e benefício ao consumidor, então a prática de discriminação a concorrente por acordo de exclusividade é permitida.

Neste caso, temos a justificativa de proteção ao investimento para a prática, o que a torna não arbitrária e permite a subsunção da regra 1, o que, no cenário 2-A de interpretação do PL 2768 já é suficiente para permitir a prática. Já no cenário 2-B há uma série de razões contrárias à prática, disparando-se, além do reconhecimento de poder de mercado, as regras 2 (dano à concorrência) e 4 (ausência de competição no serviço oferecido). Apesar de não haver redução de custo (pelo contrário, os preços se elevaram), foi reconhecido benefício ao consumidor final, o que poderíamos interpretar como uma forma de benefício ao mercado,

disparando assim, uma razão a favor da discriminação, ao lado da justificativa de negócio que torna a prática não arbitrária, subsumindo a regra 1. Portanto, teríamos aqui duas razões a favor e duas contra a discriminação nos termos do art. 11 do PL 2768. Teríamos, assim, o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Google Adwords	Conflita	Converge	Converge	Converge

Aqui, mais uma vez aparece o problema de não se contar com a metódica de análise procedimental presente na doutrina antitruste. Na análise antitruste, a verificação de justificativa de negócio para a prática já faz lícita, tornando irrelevantes as etapas subsequentes com critérios de dano ao mercado ou eficiências compensatórias. Esse procedimento passo a passo não é capturado pela regulação *ex ante* com regras que tragam simplesmente razões a favor de determinada prática, uma vez que a ausência do fator desencadeia razões contra a prática, que devem ser levadas em consideração pela autoridade. Vale lembrar que, caso se realize o mesmo procedimento na aplicação do art. 11 do PL 2768 e não a subsunção de regras, então não estaríamos mais na regulação *ex ante* e colapsaríamos com a análise *ex post* antitruste, ou seja o Cenário 3, com os problemas já apontados no capítulo anterior.

3.11 ENIO JOSÉ VERRI X WHITE MARTINS (IA 08700.003341/2022-75)

O Inquérito Administrativo foi instaurado a partir de Representação formulada pelo Deputado Enio José Verri em desfavor da White Martins pela prática de açambarcamento de insumos. A White Martins teria interrompido unilateralmente o fornecimento de CO₂ para algumas empresas fabricantes de refrigerantes e bebidas gaseificadas, que utilizam o CO₂ como matéria-prima, não obstante tenha mantido o fornecimento para outros clientes, adotado tratamento discriminatório.

A Superintendência-Geral arquivou o processo por entender que a interrupção do fornecimento de produtos por parte da Representada decorreu de motivos alheios à empresa. Ademais, o tratamento diferenciado no atendimento a determinados clientes estaria baseado nas condições contratuais diferenciadas e legítimas.

A SG assumiu conservadoramente que a White Martins deteria poder de mercado. De acordo com a SG, apesar de corriqueiramente ser feita referência a condutas de discriminação como de preços, é possível ocorrer a discriminação de outros termos comerciais, mantendo-se, no entanto, a racionalidade exclusionária.

Nesse aspecto, considerou-se que, não obstante a conduta da White Martins tenha de fato prejudicado agentes de mercado, não haveria sido configurada a voluntariedade da prática, de forma que não se pôde afirmar que a conduta da Representada visasse à exclusão de concorrentes no mercado downstream. Foi identificado que a Representada priorizou o atendimento de determinados clientes, no entanto, tal tratamento diferenciado estaria baseado nas condições diferenciadas nas quais cada cliente se encontra, ou seja, a diferenciação não seria arbitrária. Essa justificativa seria, também, legítima para o estabelecimento de critérios de priorização de clientes. A SG considerou ainda que os efeitos anticompetitivos hipotéticos da discriminação seriam mitigados pois clientes da Representada afirmaram poder adquirir o insumo relevante de outras empresas concorrentes, o que reforçaria a ausência de racionalidade econômica de eventual restrição discriminatória conduzida pela White Martins. Não tendo sido verificados danos competitivos, afirmou-se que a questão diz respeito a aspectos privados, e não concorrenciais.

Assim, podemos extrair a seguinte regra:

Mesmo havendo poder de mercado e não havendo benefício ao mercado ou redução de custos, se houver justificativas contratuais e fáticas para discriminação ou interrupção ou redução da oferta em detrimento de concorrentes não integrados e ausência de risco de dano, por haver competição na oferta do serviço, a discriminação no fornecimento de matéria prima é permitida.

No cenário **2-A**, mais permissivo, haveria o arquivamento da conduta, convergindo com a decisão do CADE, tendo em vista que o critério de discriminação não é arbitrário, mas baseado em condições fáticas e contratuais. Também no cenário **2-B** observaríamos convergência, pois, neste caso, há uma série de razões a favor da prática, disparando as regras 1, 2 e 4, não se aplicando apenas a regra 3, por inexistir benefícios ao mercado. Com isso, teríamos o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
VerrivsWhite Martins	Conflita	Converge	Converge	Converge

3.12 BT X CONSÓRCIO VIVO, OI, CLARO (PA 08700.011835/2015-02)

Trata-se de Processo Administrativo instaurado para apuração de denúncia, feita pela Sencinet (antiga BT Brasil), a respeito de efeitos deletérios à concorrência causados pela união das empresas Representadas em consórcio para a concorrência em licitações públicas promovidas para o fornecimento de serviços de telecomunicações. A Representante aponta preços discriminatórios para acesso a infraestrutura de telecom das representadas o que a inviabilizava de apresentar preços competitivos no pregão. Tendo reconhecido o poder de mercado das Representadas, o CADE entendeu que haveria justificativas para a realização do consórcio,

pela complementariedade das redes das operadoras de telecom e que poderia haver redução de custos pela integração da infraestrutura com a prestação do serviço. O Tribunal considerou que a integração propiciou menores custos, comparado com a licitação anterior, com vantajosidade licitatória. Todavia considerou que as Representadas não comprovaram a impossibilidade de atuar de modo independente nos pregões, descartando o argumento de eficiências, pois os preços poderiam ter sido ainda menores se tivesse sido oportunizada a competição por rival. O Tribunal considerou ainda que a discriminação de preços entre o consórcio integrado e a outra participante do certame compunham o arranjo colusivo e, embora com a justificativa de menor custo com a integração vertical, não havia eficiências dada a discrepância de valores e o dano ao único concorrente no certame. Havia a oportunidade de infraestrutura satelital e companhias locais de telecom, mas que não trariam a cobertura nacional da rede. Diante disso o CADE condenou as representadas, proibindo-as de participar todas em conjunto em licitações públicas de serviços corporativos.

Havendo poder de mercado a constituição de consórcio com a discriminação de preços de infraestrutura a rivais não integrados é proibida, **ainda que tenha sido observada redução de custos, considerando não haver justificativa para a diferença de preços de acesso à infraestrutura, que houve dano aos rivais não integrados, que não havia oferta equivalente de infraestrutura para rivais não integrados e que havia possibilidade de participação independente na licitação pelas representadas.**

Neste caso, é interessante observar que os conceitos de benefício ao mercado e redução de custos não capturam a sofisticação na análise de eficiências presente na metodologia antitruste. Isso porque, a prática analisada trazia benefício em termos de redução de custos, porém, não havia justificativa para a limitação da concorrência, que, pelo menos em tese, poderia ter colocado maior pressão competitiva sobre os preços. Com isso, no cenário 2-A, teríamos, desta vez, divergência em relação à

decisão do CADE, com o arquivamento da denúncia pelo reconhecimento da vantajosidade da licitação em relação à licitação anterior. Todavia, no cenário 2-B, considerando que a redução de custo foi a única razão a favor da prática (regra 3), havendo fortes razões contra a discriminação, que, além da constatação de poder de mercado, disparam as regras, 1, 2 e 4, a conclusão é pela condenação da prática, convergindo com a decisão do CADE.

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
BT X Consórcio dos correios	Converge	Conflita	Converge	Converge

3.13 COMGÁS X WHITE MARTINS (PA N° 08012.011881/2007-41)

Trata-se de Processo Administrativo instaurado em desfavor da Petrobras, White Martins e GNL Gemini decorrente de representação proposta pela Comgás. De acordo com a denúncia, haveria a prática de subsídios cruzados e discriminação de preços no fornecimento de gás natural para o Consórcio Gemini, formado pelas Representadas, o que estaria prejudicando os demais distribuidores do mercado. O Tribunal reconheceu o poder econômico da Petrobrás, na sua capacidade de monopolista do mercado a montante (de transporte) e significativa participação nos mercados a jusante (de distribuição), bem como na oferta de combustíveis substitutos, que se estenderia ao Consórcio Gemini tanto do ponto de vista societário quanto comercial e estratégico no funcionamento do empreendimento, cujo insumo básico é o gás natural fornecido pela Petrobrás. Verificado o poder de mercado, o Conselheiro Relator passou à análise das condições para práticas discriminatórias e das provas de tratamento discriminatório. A prática de discriminação foi detectada considerando-se o fornecimento de gás natural ao Consórcio a valor inferior ao praticado no mercado, a existência de cláusulas contratuais mais vantajosas ao Consórcio, diferentes das aplicadas ao mercado; e

fechamento de mercado por meio de captura de ‘clientes âncoras’. Também foi comprovada a conduta de subsídio cruzado. A Petrobras fornecia gás ao Consórcio de forma subsidiada, fazendo com que a Representante pagasse valor excessivo por esse produto, ao passo que o Consórcio o adquiriria por valores inferiores aos praticados no mercado. A respeito da discriminação nas cláusulas contratuais, destacou-se: a inexistência de cláusulas take-or-pay ou ship-to-pay (prática comum ao mercado); a opção por precificação em Reais (contrariamente aos demais contratos, que estabelecem o Dólar estadunidense como moeda de referência); e a duração do contrato.

Dessa forma, constatou-se a estipulação de vantagens concorrenciais ao Consórcio, razão pela qual houve condenação das Representadas. Como a Petrobras era fornecedora monopolista, não havia rivalidade na oferta ou alternativa de acesso ao insumo. Por outro lado, não foi identificada justificativa comercial para a discriminação a não ser o intento exclusionário e não foram identificados benefícios ao mercado ou redução de custos em função da prática.

Havendo poder de mercado e incentivo a exclusão, se o insumo essencial à jusante for fornecido em bases comerciais distintas para players independentes, sendo comprovado o favorecimento da empresa integrada sem justificativas de negócio plausíveis, inexistindo competição na oferta e havendo danos à concorrentes, sem que haja eficiências compensatórias, então a discriminação é proibida.

Esse caso trata de paradigma clássico de infração antitruste, em que estão presentes praticamente todas as razões contra a prática e nenhuma razão que a favoreça dentro da metodologia de análise. Por esse motivo, em todos os cenários (C1, C2-A, C2-B e C3) haveria a condenação da prática pelo PL 2768, convergindo com a decisão do CADE.

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Comgás vs White Martins	Converge	Converge	Converge	Converge

3.14 SEMASA X SABESP (IA 08700.011091/2015-18)

O caso trata de representação apresentada pelo Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André (“Semasa”) em face da Sabesp em razão da criação dificuldades ao funcionamento de prestadores autônomos municipais de distribuição de água no varejo. De acordo com a denúncia, a Sabesp estaria atuando de modo a excluir os prestadores autônomos municipais de serviços de fornecimento de água no varejo, com a intenção de se tornar verticalizada em todos os municípios em que fornece água no atacado. Segundo o Semasa, uma ausência de regulação efetiva do setor teria permitido que a Sabesp discriminasse os prestadores autônomos municipais de serviços de fornecimento de água no varejo: os preços praticados no atacado para os prestadores verticalizados seriam inferiores aos preços para os prestadores autônomos municipais de serviços de distribuição de água no varejo. A SG arquivou o IA ao considerar que não foram apresentados indícios suficientes a indicar prática de infrações concorrenciais por parte da Sabesp, tratando-se na verdade de lide relacionada a temas regulatórios ou privados. De acordo com a SG, os preços praticados pela Sabesp no varejo seriam definidos em processo administrativo aberto à participação social no âmbito da agência reguladora estadual (Arsesp) e que a dívida da Semasa teria origem não em preços discriminatórios, mas em decisões administrativas da empresa, relacionada ao não pagamento do total devido à Representada ao longo dos anos.

Neste caso, apesar de haver poder de mercado da Sabesp a montante e práticas discriminatórias possam causar danos aos prestadores não verticalizados no mercado, sem potencial de benefício ou de redução de custos, havia justificativa comercial para o tratamento diferenciado da

Representante baseada em atrasos no pagamento. Também foi observado que não haveria impacto sobre os consumidores finais, tendo em vista que os preços são regulados. Esse aspecto é relevante pois a ausência de impacto aos consumidores finais reiteradamente é colocado pelo CADE como razão a favor da prática investigada, o que não é capturado pela redação do PL 2768. Assim, podemos extrair a seguinte regra.

Mesmo havendo poder de mercado, inexistindo competição na oferta do serviço ou benefícios ao mercado e redução de custos com a prática e ainda que a mesma possa causar danos a concorrentes, caso haja justificativa comercial legítima para o tratamento diferenciado e não haja danos a consumidores finais em termos de aumento de preços, então a discriminação é permitida.

Neste caso, há apenas uma regra aplicável dentre as exceções à proibições de discriminar a regra 1. O efeito, no cenário 2-A, é a autorização da discriminação, com a subsunção da regra estrita, em convergência com a decisão do CADE. Já no cenário 2-B continuam subsumidas as razões contrárias à discriminação, previstas nas regras 2, 3 e 4, o que levaria a uma decisão conflitante de condenação da prática. A subsunção da regra 3 como razão contrária à discriminação dá-se pelo fato do CADE ter reconhecido apenas que não haveria aumento de preços, mas não propriamente que haveria benefícios aos consumidores finais. Teríamos o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Semasa vs Sabesp	Conflita	Converge	Conflita	Converge

Mais uma vez, o caso traz uma distorção pela ausência da análise passo a passo presente na metodologia antitruste, uma vez que a justificativa

comercial legítima interrompe a análise, concluindo pela licitude da prática, ao apontar para uma questão privada e não de interesse coletivo. Tal metodologia não é capturada por regras que simplesmente subsumem razões contra ou a favor da prática, sendo todas aplicáveis sem ordem de prioridade.

3.15 *VIDEOLAR-INNOVA X BRASKEM (PP 08700.000511/2018-83)*

Trata-se de representação por suposta de discriminação de preço anticompetitiva, uma vez que haveria favorecimento, por parte da Braskem, de compradores internacionais de PP em detrimento dos nacionais. De acordo com a Videolar-Innova, produtora de filme BOPP, que tem o PP produzido pela Braskem como insumo essencial, haveria a cobrança de preços ‘significativamente mais altos’ no mercado doméstico em comparação a vendas feitas para compradores estrangeiros, circunstância que teria minado a capacidade competitiva da Representante. Na instrução processual, embora a SG destaque a posição monopolista da Representada e que “o conjunto de incentivos fiscais e medidas de política comercial podem gerar e cristalizar distorções profundas nos mercados de PP e BOPP, sendo oportuno sopesar estas distorções em relação aos eventuais benefícios para a economia brasileira”, não haveria discriminação anticompetitiva. De acordo com a SG, embora exista diferença de preços nos mercados nacional e internacional, a Braskem não atua no mercado de BOPP e por essa razão não teria incentivos para discriminar um rival.

A distinção, portanto, foi considerada justificada em função de políticas fiscais, muito embora o CADE tenha sinalizado para a oportunidade de sua revisão. Também não havia benefícios ou redução de custos com a prática e não havia competição na oferta do serviço. Apesar da distorção de fato poder trazer danos a concorrentes que obtenham o insumo a preços superiores, não havia racionalidade exclusionária para a prática pelo fato da Braskem não atuar no mercado a jusante específico. Teríamos, assim, a seguinte regra

Apesar de haver poder de mercado, ausência de benefícios ou reduções de custo, não existir competição na oferta do serviço e haver dano aos clientes nacionais que acessam o insumo a preços superiores, se a diferenciação não for arbitrária por decorrer de política fiscal, além do fornecedor a montante não concorrer no mercado a jusante, então a discriminação é permitida.

Neste caso temos, no cenário 2-A, a subsunção da exceção prevista na regra 1, o que torna a discriminação permitida. Porém, no cenário 2-B há duas série de razões contra a discriminação, como poder de mercado, ausência de benefícios ou redução de custos, dano a clientes sem acesso competitivo ao insumo e ausência de competição na oferta a montante, previstos nas regras 2, 3 e 4, o que traria maior peso para proibição da discriminação, com o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Videolar Innova vs Braskem	Conflita	Converge	Conflita	Converge

Este caso mais uma vez mostra a limitação da subsunção de razões a favor e contra, que não captura o passo a passo da metodologia anti-truste. Também mostra que a simples subsunção não permite avaliar a racionalidade e a caracterização da própria conduta de discriminação, uma vez que a regra não aborda incentivos para a prática anticompetitiva. Não havendo relação de concorrência, a prática seria irracional o que pode, na metodologia antitruste, levar à sua descaracterização. Porém, no formato de regra aplicável *ex-ante*, uma vez verificada a diferenciação no tratamento, as razões contra e a favor operam, sem possibilidade de descaracterização da prática. No caso, havia mais razões contra a prática,

muito embora a justificativa de negócio, aliada ao contexto de mercado, mostrem que não haveria racionalidade para abuso de poder econômico.

3.16 PA ALARMES AUTOMOTIVOS (PA 08012.005009/2010-60)

Trata-se de processo administrativo iniciado a partir de representação da H-Best em desfavor da empresa PST Eletrônica com o objetivo de apurar os efeitos anticompetitivos de contratos de distribuição com cláusulas de exclusividade no mercado brasileiro de alarmes automotivos.

Vamos tratar como uma forma de *self-preferencing* de natureza contratual, em que os contratados tem relação privilegiada com fornecedor. O Tribunal do CADE condenou a Representada.

A priori, destacou-se que cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição não são ilícitas per se e podem ter efeitos pró-competitivos, tais como o acirramento da competição intermarcas, viabilização de investimentos à capacitação do distribuidor, ampliando qualidade e eficiência na oferta dos produtos e a mitigação de problemas decorrentes do “efeito carona” (free-riding). No caso concreto, entretanto, considerou-se que o Representado possuía posição dominante no mercado de alarmes automotivos e, ao firmar contratos de exclusividade com distribuidores, teria elevado de forma artificial as barreiras à entrada e/ou à expansão no mercado, de forma a prejudicar a concorrência em nível maior aos benefícios gerados pela conduta, e sem que houvesse justificativa plausível para fazê-lo.

De acordo com o Tribunal, os investimentos apontados como geradores de efeitos pró-competitivos não são restritos aos distribuidores exclusivos, de modo que não seria uma eficiência apta a justificar a conduta. Ou seja, o argumento de proteção ao investimento não foi aceito como justificativa comercial para a prática, tampouco como eficiência para o mercado, tendo provocado danos ao reduzir o potencial de concorrência entre distribuidores.

A prática de exclusividade que beneficia apenas parte da rede de distribuição é forma de discriminação proibida, **quando há poder de mercado do fornecedor, inexistindo alternativas de fornecimento, quando não há justificativa comercial para a prática, ou quando, apesar de haver benefícios pelo investimento, esse benefício não abrange todo o mercado.**

A rigor, no cenário 2-A, em que as regras de exceção são estritas, não há ponderação a se fazer. Se há benefícios ao mercado ao se evitar comportamento *free-riding* e proteger o investimento, então aplica-se a exceção e a discriminação (nessa forma de exclusividade) é permitida. Haveria, assim, divergência da decisão do CADE.

Já no cenário 2-B são desencadadas as razões contra pela ausência de justificativa comercial, ou seja, arbitrariedade da conduta, dano à concorrência e ausência de competição na oferta do serviço. Com isso, há apenas uma razão a favor, benefício do investimento ao mercado (parcial) e, na ponderação com as demais razões contra, haveria convergência com a condenação pelo CADE.

Teríamos, assim, o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Alarmes Automotivos	Converge	Conflita	Converge	Converge

Neste caso, há a dificuldade da percepção de eficiência da relação contratual, mas que o CADE considerou insuficiente para compensar a redução da concorrência no mercado de distribuição. Na análise anti-truste, apesar de presentes todos os elementos negativos, a presença de eficiências, por si, pode justificar a prática. O mesmo não aconteceria na aplicação de regras do PL 2768, mesmo no cenário 2-B. Por outro lado, mesmo presentes eficiências, o CADE pode considera-las insuficientes. Embora isso possa ser absorvido no cenário 2-B, no cenário 2-A de regras

estritas a presença de eficiências já seria suficiente para autorizar uma prática condenável pela metodologia antitruste.

3.17 ANTAQ X OGMOS DE PORTOS DO PARÁ (PA 08700.008751/2015-83)

O processo administrativo trata de investigação de suposta conduta discriminatória de operadores portuários e do Órgão Gestor de Mão de Obra dos portos de Belém e Vila do Conde (“OGMO-BVC”), tendo em vista o estabelecimento de uma taxa que seria cobrada de novos operadores portuários que viessem a se filiar ao OGMO-BVC. Não havia alternativa para atuação no mercado a não ser pelo pagamento da taxa, de modo que a conduta consistia em barreira a entrada com efeito de redução da concorrência. Ao analisar a conduta, o Tribunal considerou que, conquanto existissem justificativas econômicas para a imposição da taxa, decorrentes sobretudo dos investimentos realizados em infraestrutura, haveria uma desproporcionalidade na taxa de admissão instituída, na medida em que o aumento no valor exigido dos entrantes não seria condizente com a evolução dos investimentos e do passivo do OGMO. Quanto à argumentação de amortização do passivo trabalhista, no voto-condutor se entende que, fosse esse o real motivo para o reajuste da contribuição inicial do entrante, o mesmo resultado teria de ser apresentado para o reajuste das mensalidades dos operadores já associados, uma vez que foram eles os responsáveis por gerar o passivo. Em síntese, portanto, o Conselheiro rejeita as justificativas apresentadas, uma vez que o reajuste: foi desproporcional em relação à depreciação acumulada no ativo imobilizado do Representado e os investimentos realizados; não houve a adoção de parâmetros técnicos para o aumento no valor; e o ônus de passivos trabalhistas recaiu somente sobre entrantes, sem justificativa econômica razoável para tanto.

Em mercado regulado, **havendo poder de mercado**, a prática de cobrança de taxa diferenciada a entrantes para a prestação do serviço, **quando for arbitrária e sem parâmetros técnicos, reduzir a concorrência no mercado, não houver outra alternativa suficiente para entrada pela reduzida competição na oferta e a conduta não trazer quaisquer benefícios ao mercado ou redução de custos**, então a discriminação é proibida.

Neste caso, considerando não haver qualquer razão favorável a conduta, que é exemplo clássico de infração, haveria convergência em todos os cenários de interpretação do PL 2768, como ilustra a tabela abaixo:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
OGMO	Converge	Converge	Converge	Converge

3.18 DISCRIMINAÇÃO NO TRANSPORTE DE VALORES (IA 08700.004681/2019-18)

O IA foi instaurado a partir de representação apresentada pela Federação Nacional das Empresas de Transporte de Valores (“Fenaval”) em face da Tecban (Rede Banco24 Horas) e da Tecforte, empresa de transporte de valores do grupo Tecban em razão de suposta prática de criação de dificuldade ao funcionamento de concorrentes, mediante discriminação no horário de entrega de numerários em base de custódia. Haveria, por parte das Representadas a cobrança injustificada de multas pelas tomadoras de serviço em caso de entregas feitas após as 18h, além da prática de preços predatórios em licitações públicas. Após análise da estrutura de funcionamento do transporte de numerários entre instituições financeiras e ATMs da Tecban, e alegação da Representada de que tal limitação teria como finalidade a redução dos riscos de sinistros às transportadoras de valores, a SG considera que não fica claro se as Representadas

possuem poder de mercado, embora possuam mais de 20% do mercado. De todo modo, segue para a análise das justificativas apresentadas pelas Representadas e identifica disposição contratual de que o abastecimento deva ocorrer entre as 08h às 16h, com previsão de multa em casos de descumprimento dessa cláusula. Em havendo disposição contratual expressa, firmada previamente, a cobrança não foi considerada arbitrária. Quanto à alegada prática de preços predatórios em certames públicos, as Representadas apresentaram Estudo Econômico que demonstra que os preços por si praticados são superiores a seus custos marginais. Diante das justificativas de negócio apresentadas, a SG arquivou o IA.

Não havendo certeza sobre a existência de poder de mercado, havendo justificativa contratual para cobrança diferenciada de taxa, a discriminação é permitida.

Neste caso a baixa convicção de que efetivamente haveria poder de mercado, somada à justificativa contratual para cobrança, levou o CADE ao arquivamento. Porém, em relação aos demais fatores, é possível presumir que, como a participação das representadas era de 20%, havia competição na oferta. Além disso, a conduta discriminatória traria prejuízos a concorrentes no mercado, sem que houvesse benefícios aparentes ou redução de custos.

Assim, teríamos no cenário 2-A, convergência com a conclusão do CADE, pois seriam aplicáveis duas exceções (regra 1 e regra 4). Já no cenário 2-B haveria duas razões a favor e duas a favor contra, o que levaria a um espaço maior de discricionariedade, mas que por critério conservador em relação ao impacto sobre a segurança jurídica, consideraremos uma hipótese de convergência. Podemos, assim, assumir o seguinte resultado:

Caso	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Transporte de Valores	Conflita	Converge	Converge	Converge

4. CONCLUSÃO SOBRE A ANÁLISE DE IMPACTO PARA A CONDUTA DE SELF-PREFERENCING

Este Relatório teve como objetivo central analisar o potencial impacto do PL 2768 sobre a segurança jurídica, contrastando a aplicação das obrigações previstas em seu artigo 10 c.c. 11 com a jurisprudência do CADE, nos últimos 10 anos.

O impacto sobre a segurança jurídica é dimensionado pelo potencial conflito entre o PL 2768 e a jurisprudências do CADE, tendo em vista que a proposta legislativa mantém as mesmas competências do CADE, adicionando competências para a ANATEL para o enforcement das obrigações nele previstas.

A hipótese levantada na pesquisa foi a seguinte: se as práticas relevantes de self-preferencing, recusa de acesso a plataforma (infraestrutura) e uso inadequado de dados, tivessem sido analisadas pela aplicação das proibições contidas no PL 2768, qual teria sido a divergência entre as decisões do CADE e da ANATEL? Como os parâmetros de aplicação do PL 2768 são gerais, é possível fazer o contraste não só com condutas praticadas no ambiente *online*, como também no ambiente *offline*, o que traz mais elementos para visualizar o potencial impacto, em termos de decisões potencialmente conflitantes.

A análise permite também mensurar e comparar qual seria o índice de condenação do CADE em relação às condutas, versus o índice da ANATEL na hipotética aplicação do PL 2768.

Para tanto foram comparados os resultados da aplicação da metodologia antitruste de análise de condutas, com os parâmetros de aplicação das obrigações previstas no PL 2768. Essa avaliação, com exemplos concretos,

permite a chegada a conclusões sobre a própria viabilidade de estipulação de obrigações ou proibições *per se* em relação a condutas verticais.

Aspecto a chamar atenção, desde o início, é a falta de clareza quanto à forma de aplicação dos parâmetros de balizamento das obrigações previstas no art. 10, previstos no art. 11 do PL 2768. Há, pelo menos, quatro cenários possíveis de interpretação sobre como aplicar as obrigações contidas no art. 10 c.c. art. 11 do PL.

No primeiro cenário, que chamamos de Cenário 1 (C1) estaríamos diante de imposições categóricas de não-discriminação, sem qualquer análise das condições do mercado ou especificidades da prática prevista no art. 10, sendo que o art. 11 seria apenas uma regra com critérios de ponderação do *quantum* da pena. Ou seja, em C1 o art. 11 não teria consequências de mérito sobre a caracterização da infração, apenas para a dosimetria das sanções.

A segunda interpretação, em oposição à primeira, vê o art. 11 com efeitos materiais sobre a caracterização das infrações às obrigações, comportando dois cenários.

No Cenário 2-A (C2-A) o art. 11 traria regras *condicionais estritas*, que trazem exceções às obrigações. Ou seja, a presença da condição prevista em um dos incisos do artigo 11 é imediatamente suficiente para a permissão de discriminação.

Já no Cenário 2-B as regras previstas no art. 11 são tomadas como *condicionais contributivos*, em que as condições de aplicação contidas em cada inciso daquele artigo são apenas razões a favor da conduta. Nesse quadro de ponderações a favor e contra a discriminação, a ausência das condições previstas nos incisos do art. 11, por outro lado, são razões contra a permissão da discriminação. Assim, a subsunção de cada inciso não é suficiente para a permissão, havendo discricionariedade para ponderar razões a favor e contra a permissão da prática.

Abaixo, reescrevermos as regras de não discriminação com as condições previstas nos incisos do art. 11 do PL, nos Cenários C2-A

(formulação sem negrito da consequência jurídica) e C2-B (formulação em negrito da consequência jurídica):

1. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a discriminação for praticada com a adoção de critérios técnicos e não arbitrários, então discriminação é permitida (**então esta é uma razão a favor da permissão da discriminação**)
2. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a discriminação não oferecer risco de dano, então a discriminação é permitida (**então esta é uma razão a favor da permissão da discriminação**)
3. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se a discriminação discriminatória trazer benefícios ao mercado ou reduzir custos, então a discriminação é permitida (**então esta é uma razão a favor da permissão da discriminação**)
4. Mesmo havendo poder de controle de acesso e poder de mercado, se houver elevada competição na oferta do serviço pela plataforma, então a discriminação é permitida (**então esta é uma razão a favor da permissão da discriminação**)

Por fim, o Cenário 3 de interpretação, toma o art. 11 como a aplicação da própria metodologia de análise antitruste, ou seja, seriam parâmetros que se referem ao método de análise passo a passo com a hierarquia entre os critérios de justificativa comercial, rivalidade, potencial de danos presença de eficiências compensatórias. A diferença com o Cenário C2-B está no fato de que no Cenário 3 há hierarquia entre os critérios e metódica próxima a uma árvore de decisão em que cada passo de análise pode impedir a caracterização da conduta. Como argumentamos no Capítulo 1, que descreve a metodologia aqui empregada, no Cenário C3 há, obviamente, convergência completa com a jurisprudência do CADE. Porém, tal interpretação traria um cenário de insegurança ao prever uma

intersecção da mesma competência à ANATEL e ao CADE de repressão ao abuso de poder econômico nos mercados digitais.

Vale notar, que o simples fato de haver pelo menos quatro interpretações possíveis quanto aos critérios de aplicação das obrigações previstas no PL já fator de insegurança jurídica considerável, apenas no que se refere ao enforcement da legislação pela autoridade competente (ANATEL). Até haver uniformização da forma de aplicação na própria agência, que tem órgão judicante colegiado, muitas dúvidas surgiriam no mercado. Isso sem contar com o fato de que a incerteza aumenta o potencial de judicialização, com possíveis interpretações diversas pelos magistrados, levando a revisões da decisão administrativa e revisões recursais nas instâncias do próprio P. Judiciário. Tal cenário é crítico para mercados dinâmicos como aqueles ligados aos serviços digitais, com consequências negativas para o desenvolvimento econômico e para a competição no mercado.

Antes de sintetizar nesta conclusão preliminar, os resultados da análise especificamente para a conduta de self-preferencing, é importante já lembrar que há potencial de conflito entre a jurisprudência do CADE e o PL pelo simples fato da proposta legislativa usar o conceito de “*poder de controle de acesso essencial*” (i.e., equivalente ao conceito de “gatekeeper” do DMA) para circunscrever os agentes sujeitos às obrigações, cuja aferição é baseada meramente no tamanho, especificamente no faturamento, de empresas que prestam serviços digitais. Ou seja, o conceito tem maior abrangência que o conceito técnico de “poder de mercado”, que guia a análise antitruste. Há diversos problemas com essa abordagem. Por exemplo, muitas empresas que satisfazem o critério de faturamento do PL 2768 não são detentoras de poder de mercado e não é exigido que o regulador apresente evidências de conduta anticompetitiva ou dano à concorrência ou aos consumidores para sujeitá-las a penalidades, o que não seria cabível na atuação do CADE.

Conservadoramente (buscando minimizar o potencial de conflito) fizemos a análise sob a hipótese de que a a plataforma com “poder de controle de acesso essencial” teria “poder de mercado” em sua atividade

online. O resultado é que, mesmo com essa hipótese conservadora, haveria significativo potencial de conflito e insegurança jurídica.

Partindo para os resultados, a análise empreendida para a conduta de self-preferencing neste capítulo, evidenciou uma série de pontos de conflito entre a jurisprudência do CADE e a aplicação do PL 2768, com significativo potencial de gerar insegurança jurídica. O quadro abaixo consolida as divergências observadas em relação à jurisprudência do CADE nos últimos 10 anos:

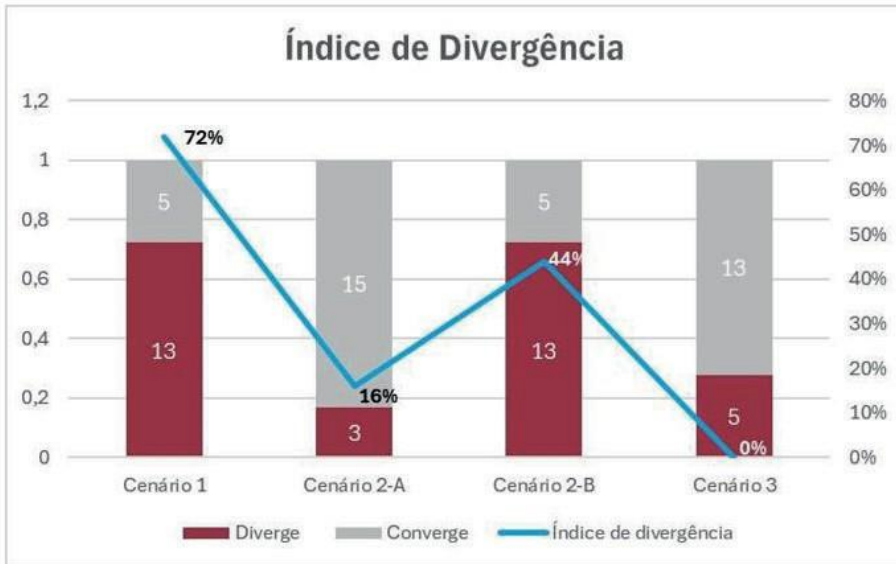
Tabela 3 – Divergências entre Cenários Interpretativos e Decisão do CADE

CASO	CENÁRIO 1	CENÁRIO 2A	CENÁRIO 2B	CENÁRIO 3
Transporte de Valores	Conflita	Converge	Converge	Converge
Antaq vs OGMO	Converge	Converge	Converge	Converge
Alarmes Automotivos	Converge	Conflita	Converge	Converge
Videolar Innova vs Braskem	Conflita	Converge	Conflita	Converge
Semasa vs Sabesp	Conflita	Converge	Conflita	Converge
Comgás vs White Martins BIX	Converge	Converge	Converge	Converge
Consórcio dos correios	Converge	Conflita	Converge	Converge

Verri vs White Martins	Conflita	Converge	Converge	Converge
PTI vs Target & ABNT	Conflita	Converge	Converge	Converge
Google Ad-words	Conflita	Converge	Converge	Converge
Google Onebox	Conflita	Converge	Conflita	Converge
Cielo vs Linx & Stone	Conflita	Converge	Conflita	Converge
Fidelidade de cias aéreas	Conflita	Converge	Converge	Converge
Google Shopping	Conflita	Converge	Conflita	Converge
Veloe vs Connect Car e Sem Parar	Conflita	Converge	Conflita	Converge
Âmbar vs. Petrobras	Conflita	Converge	Conflita	Converge
THC2	Converge	Converge	Converge	Converge
Comgás v. Petrobrás	Conflita	Conflita	Conflita	Converge

A partir desse quadro, podemos visualizar o grau de divergência *versus* convergência para cada cenário, por meio do gráfico de barras abaixo, e calcular o índice de divergência para cada um dos cenários de interpretação do PL 2768:

Tabela 4- Divergência e Convergência para cada Cenário Interpretativo



Tem-se, assim, que o cenário 1 (que interpreta o PL 2768 como impondo obrigações categóricas) traria consequências drásticas, com índice de divergência de 77% em relação à tradição jurisprudencial do CADE e conflito em todos os casos em que a prática de discriminação foi autorizada pelo CADE, que, em sua análise, reconheceu justificativas comerciais legítimas, ausência de dano ou eficiências econômicas.

No cenário 2-A, (que interpreta o PL2768 como estabelecendo obrigações condicionais com exceções estritas) a divergência é baixa, de apenas 16%, com menor impacto sobre a segurança jurídica. Porém, como se observará abaixo, tal cenário é mais permissivo do que a jurisprudência do CADE para os mercados em geral, o que parece ser contraproducente em relação ao objetivo de trazer maior rigor ao *enforcement* concorrencial nos chamados “mercados digitais”.

Já o cenário 2-B (que interpreta o PL2768 como estabelecendo obrigações condicionadas à ponderação de razões a favor e contra a discriminação) é bastante impactante, com 44% de divergência em relação às decisões do CADE para *self-preferencing*: haveria conflito e, portanto, potencial de judicialização em praticamente metade dos casos de discriminação avaliados pela ANATEL e pelo CADE.

Por fim, o cenário 3 é de integral convergência, mas de modo trivial, por interpretar o PL como forma de aplicação da própria metodologia *ex-post* de análise antitruste, com o inconveniente de se duplicar desnecessariamente a autoridade concorrencial nacional.

É interessante também observar os índices de condenação em cada cenário para verificar os impactos potenciais do PL 2768.

Tabela 5- Resultados das Decisões CADE e Cenários de Interpretação do PL 2768

Caso	Decisão CADE	Cenário 1	Cenário 2A	Cenário 2B	Cenário 3
Transporte de Valores	Arquiva	Condena	Arquiva	Arquiva	Arquiva
Antaq vs OGMO	Condena	Condena	Condena	Condena	Condena
Alarmes Automotivos	Condena	Condena	Arquiva	Condena	Condena

Videolar Innova vs Braskem	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva
Semasa vs Sabesp	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva
Comgás vs White Martins	Condena	Condena	Condena	Condena	Condena
BTX Consórcio dos correios	Condena	Condena	Arquiva	Condena	Condena
Verri vs White Martins	Arquiva	Condena	Arquiva	Arquiva	Arquiva
PTI vs Target & ABNT	Arquiva	Condena	Arquiva	Arquiva	Arquiva
Google Adwords	Arquiva	Condena	Arquiva	Arquiva	Arquiva
Google Onebox	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva

Cielo vs Linx & Stone	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva
Fidelidade de cias aéreas	Arquiva	Condena	Arquiva	Arquiva	Arquiva
Google Shopping	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva
Veloe vs Connect Car e Sem Parar	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva
Âmbar vs. Petrobras	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva
THC2	Condena	Condena	Condena	Condena	Condena
Comgás vs. Petrobrás	Arquiva	Condena	Arquiva	Condena	Arquiva

Da mesma forma, podemos visualizar, para cada cenário, o grau de divergência *versus* condenação por meio do gráfico de barras abaixo e calcular o índice de condenação para condutas discriminatórias na

jurisprudência do CADE, frente a cada um dos cenários de interpretação do PL 2768:

Tabela 6- Condenações pelo CADE e nos Diferentes Cenários do PL 2768



Olhando para os índices de condenação, o cenário 1 parece inaceitável, por enrijecer completamente as estratégias de diferenciação no mercado, sem qualquer consideração quanto aos impactos sobre a concorrência e possíveis benefícios aos consumidores e à inovação, além de inclusive poder sequer haver poder de mercado dos agentes, como destacado acima.

Já o Cenário 2-A, como se pode observar, reduz significativamente, quase pela metade, o índice de condenação praticado pelo CADE para a conduta de discriminação. Esse cenário de interpretação, embora plausível, teria efeito reverso ao que aparenta ser a motivação do PL em dar tratamento mais rigoroso às plataformas digitais, com poder de controle de acesso essencial.

Por sua vez, o cenário 2-B, mesmo na interpretação conservadora feita durante a análise, tem índice de condenação de condutas discriminatórias bastante elevado, de 72%, algo que seria inusitado no campo do enforcement antitruste e poderia ter efeitos deletérios ao dissuadir condutas

pro-competitivas de agentes econômicos que ofertam serviços online. Como visto na análise qualitativa dos casos, o cenário 2-B traz uma série de pontos de incompatibilidade que não parecem razoáveis e levariam a decisões difíceis de justificar, considerando-se o bom funcionamento do mercado e bem-estar dos consumidores.

É notável a distorção quando se percebe que no cenário 2-B perde-se o caráter passo a passo da metodologia antitruste. Isso porque a presença de um fator, como a justificativa legítima de negócio, na análise antitruste, pode tornar irrelevantes os outros passos de análise, de modo que as outras razões contra a prática elencadas no art. 11 não teriam aplicação. Mas na forma de regras *ex-ante* do cenário 2-B e da proposta do PL, todas as regras são instanciadas, de modo que a autoridade deve considerar e ponderar simultaneamente todas as razões.

Em particular, como observado em alguns casos referenciados na Tabela 3, a ausência de relações de concorrência no mercado downstream levou o CADE à conclusão de que inexistiriam incentivos e risco de danos à concorrência no mercado, o que já descaracterizaria a ilicitude da prática conforme a análise antitruste. O mesmo recurso não está disponível na aplicação de regras *ex-ante*. Pela aplicação do PL, mesmo inexistindo risco de danos à concorrência ou falta de incentivos para a conduta anticompetitiva, o fato de haver uma diferenciação de tratamento estabelecida pela plataforma já desencadeia a análise de *pros* e *contras* prevista nas regras do art. 11. Caso outras razões contra a diferenciação, como arbitrariedade e falta de critério técnico, ausência de competição na oferta e ausência de redução de custos se apliquem, então a conduta passa a ser proibida. Foi o que ocorreu, como visto no Relatório nos casos Comgás vs Consórcio Gemini, Caso THC2 e PA no mercado de alarmes automotivos.

Essa distorção é particularmente relevante quando consideramos que a análise proposta pelo PL 2768 não pressupõe que o agente detém poder de mercado, mas apenas o poder de controle de acesso essencial, aferido por faturamento, o que poderia levar a condenação independentemente de impactos sobre o mercado.

Ou seja, uma conduta de diferenciação no serviço online por plataforma pode ser proibida e punida, mesmo que a conduta seja dirigida a uma empresa verticalmente relacionada mas que não seja concorrente da plataforma, ou ainda, mesmo que a plataforma não tenha poder de mercado. Com isso, as proibições do PL transbordam o objetivo de proteção da concorrência nos mercados digitais, o que parece bastante inadequado em relação aos próprios objetivos anunciados na proposta legislativa.

O mesmo acontece com a análise de eficiências. O inc. IV do art. 11 do PL 2768 parece ter pretendido incorporar alguns tipos de eficiência ao prever a consideração de “benefícios ao mercado” ou “redução de custos”. Aqui aparecem vários problemas na aplicação. Primeiro, na metodologia antitruste, o reconhecimento de eficiências compensatórias autoriza a conduta, sobrepondo-se a todas as demais razões contrárias à prática. Ocorre que numa aplicação de regras ex-ante não há o passo a passo da metodologia e a hierarquia de considerações presente na análise antitruste, o que pode levar a uma condenação, ainda que sejam reconhecidas eficiência compensatórias. É o que acontece em relação aos casos Google Shopping, Google Adwords, Âmbar vs Petrobras .

Além disso, a análise de benefícios ao mercado ou redução de custos não abrange todas as hipóteses de eficiência reconhecidas pelo CADE. Em particular, não captura eficiências dinâmicas ou em termos de qualidade, que são bastante relevantes nos serviços digitais. Isso faz com que casos autorizados pelo CADE sejam proibidos pelo PL 2768, justamente naqueles mercados de inovação em que eficiências dinâmicas estão presentes e são desejáveis. Eventual ajuste para aumentar a abrangência das eficiências no sentido hoje praticado pelo CADE, traria mudanças marginais apenas no impacto sobre segurança jurídica.

Mas também há hipóteses em que a mera redução de custos, embora observável, não é aceita pelo CADE, seja por poder ser obtida de outro modo, seja por não ser suficientemente compensatória, no esforço de ponderação entre ganhos de bem-estar pelas eficiências e o grau de dano à concorrência. Nesses casos, temos conflitos entre decisões condenatórias

pelo CADE, que seriam permitidas pelo PL 2768, não só no cenário 2-A, em que a exceção, uma vez subsumida aplica-se de forma estrita, como também no cenário 2-B, caso haja outras razões favoráveis à prática não ligadas à gravidade do dano ao mercado.

Pode-se argumentar que essas ponderações, usualmente praticadas pelo CADE, poderiam ser incorporadas pela nova autoridade para a concorrência nos chamados “mercados digitais”. Mas isso seria abandonar a aplicação de regras com obrigações/proibições *ex-ante* e abraçar a metodologia antitruste de análise a *enforcement* da defesa da concorrência. Com isso, colapsaríamos no cenário 3, em que não se ve justificativa para a duplicação de autoridades, com forte risco de conflitos institucionais e judicialização, pelos motivos já expostos.

A análise empreendida neste Relatório lança sérias dúvidas sobre a própria perspectiva de êxito em se formular regras *ex ante* ou proibições *per se* para condutas verticais.

Isso porque os problemas e incompatibilidades apontadas dizem respeito menos ao conteúdo das regras e mais à metodologia de aplicação.

Embora mais sofisticada, a metodologia de análise antitruste, por ser *ex-post*, com hierarquia entre critérios e árvore de decisão, permite uma apreciação contextual. Já as diferentes formas de estipulação *ex-ante* de proibições, ainda que comportem exceções, também fixadas *ex-ante*, podem conter uma série de sobre-inclusões (condutas proibidas, mas que na análise contextual específica, deveriam ser permitidas) ou sub-inclusões (condutas permitidas, mas que na análise contextual deveriam ser proibidas). Como vimos na análise da conduta de *self-preferencing* o Cenário C2-A traz muitas sub-inclusões em relação à jurisprudência do CADE. Já o Cenário C2-B traz muitas sobre-inclusões.

A presença de sub e sobre-inclusões é característica de regulações com base em regras, cuja aplicação pode encontrar exceções. É difícil antever todas as condições de exceção em uma regra que se aplicariam a uma obrigação ou proibição. Adotar tais regras, necessariamente implicam

a aceitação de soluções sub-ótimas em relação ao que seria uma análise contextual. Mas sua adoção pode ser recomendável, quando o volume previsível de soluções sub-ótimas é reduzido e pode ser compensado pela redução dos custos de enforcement, ou seja, do tempo e custo material para a análise de todas as particularidades do caso. Nesses casos, a aplicação de regras ex-ante pode trazer segurança jurídica, por significar estabilidade, com poucos casos de decisões sub-ótimas e redução dos custos de *enforcement*.⁴⁸

Mas esse somente é o caso quando há significativo consenso quanto às condições de aplicação de uma obrigatoriedade ou proibição da conduta, em diferentes contextos, e não se está disposto a mudar tal convicção com a evolução do tempo e dos contextos em que a prática é realizada. Por exemplo, há baixo dissenso quanto à proibição da conduta “matar alguém” e consenso quanto as poucas condições de exceção (e.g. legítima defesa). Por outro lado, não há disposição para mudar tal solução, ou seja, que matar deve ser proibido, com a evolução das condições sociais.

Assim, a estipulação de proibições ex-ante somente é adequada no sentido de propiciar segurança jurídica, quando é esperável que haja um mínimo de decisões sub-ótimas, o que somente ocorre, nas seguintes condições.

- I. Há experiência consolidada de condenações da prática
- II. A prática a ser proibida traz danos na grande maioria dos casos, sendo mínima a perspectiva de decisões sub-ótimas com a aplicação da proibição ex-ante e geral
- III. Há significativo consenso quanto às condições de aplicação da proibição da conduta e de suas exceções

⁴⁸ CHAUER, Frederick. *Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 2002

- IV. É inexistente ou muito baixo o histórico de estipulação de novas condições ou exceções à da proibição nos precedentes da autoridade
- V. É baixa a dinâmica de evolução das condições sociais ou econômicas relativas à prática da conduta, de modo que não há disposição em alterar a proibição da conduta ao longo do tempo ou a introdução de novas condições ou exceções

Como vimos na análise dos precedentes do CADE em relação às condutas de discriminação e self-preferencing, nenhum desses fatores está presente.

Em primeiro lugar, não há experiência no CADE de condenação da conduta de self-preferencing nos mercados digitais. Pode-se argumentar que é justamente essa falta de intervenções que justificaria a mudança de abordagem no *enforcement*. Porém, o ponto aqui é que, ausente condenações, a inversão para uma proibição *ex ante*, nos parece radical para uma conduta que, segundo a análise do CADE, em diferentes contextos, pode trazer benefícios ao mercado e aos consumidores.

Em segundo lugar, quando observamos os mercados em geral, há poucas condenações da prática de *self-preferencing* na jurisprudência do CADE, com índice de condenação de 27% nos últimos 10 anos. Isso torna alta a perspectiva de decisões sub-ótimas com elevada sub-inclusão (Cenário 2-A) ou sobre-inclusão (Cenários 1 e 2-B).

Em terceiro lugar, como mostra a análise da jurisprudência do CADE, o impacto da conduta de *self-preferencing* está longe de poder ser chamado de inerentemente anticompetitivo para autorizar uma proibição *per se*. Aliás, em diversos casos, como pudemos ver nesta análise, é notável a divergência entre os votos dos Conselheiros, em particular quando tratamos dos chamados mercados digitais.

Em quarto lugar, a jurisprudência do CADE mostra que há uma série de novas condições que são estipuladas como relevantes e trazem

exceções à proibição de self-preferencing, o que também aumenta o risco de decisões sub-ótimas, com efeitos negativos para as relações econômicas.

Por fim, é elevada a dinâmica de inovação e de alterações nas condições económicas e de mercado no campo dos serviços digitais, o que tende a se acirrar com a evolução dos mercados de Inteligência Artificial, que certamente trarão impactos na dinâmica dos mercados digitais.

REFERÊNCIAS

ASHLEY, Kevin. “Case-based reasoning.” *Information technology and lawyers: Advanced technology in the legal domain, from challenges to daily routine*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2006.

ALCHOURRON, C. E BULYGIN, E, *Normative Systems*, Springer, 1971.

ARIDA, P., BACHA, E., LARA-RESENDE, A. Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: GIAVAZZI, F., GOLDFAJN, I., HERRERA, S. (orgs.). *Inflation targeting, debt and the Brazilian experience*. MIT Press, 1999 a 2003.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programas de Compliance. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>.

___ . Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Brasília: Cade, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020>;

___ . BRICS in the digital economy: Competition Policy in Practice. 2nd Report. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2024/BRICS%20Digital%20Economy.pdf>; BRASIL.

___ . Mercados de Plataformas Digitais. Parte da série “Cadernos do Cade”. 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas_Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 23/04/2024

___ . Contribuição do CADE à Tomada De Subsídios para regulação de plataformas digitais do Ministério Da Fazenda. Disponível em: <https://conselhodigital.org.br/wp-content/uploads/2024/05/contribuicoes-cade-1.pdf>.

Acesso em 23/04/2024.

BRAZIL, RUSSIA, INDIA, CHINA, & SOUTH AFRICA (2019, September). BRICS in the Digital

Economy: 1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/brics-in-the-digital-economy/brics-digital-economy-cade.pdf>

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). The European Proposal for a Digital Markets Act – a first assessment, 2021.

CHAUER, Frederick. *Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 2002

COLANGELO, Giuseppe. *Antitrust Unchained: the EU's case against self-preferencing*. GRUR International, v. 72, n. 6, 2023.

COLOMO, Pablo Ibáñez. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles. *World Competition*, v. 43, n. 4, 2020.

GONÇALVES, Priscila. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2a ed. ver. ampl. São Paulo: Singular, 2016.

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre o abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo, *Ajustando as Lentes: Novas Teorias Do Dano Para Mercados Digitais*. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 1.

KOLODNER, An introduction to case based reasoning, *Artificial Intelligence Review*, 6, 3-34. 1992. Di Florio, Cecilia, et al. "Finding Factors in Legal Case-Based Reasoning." *Logics for AI and Law* 23: 175-92.

HORTY, JOHN F., AND TREVOR JM BENCH-CAPON. "A factor-based definition of precedential constraint." *Artificial intelligence and Law* 20 (2012): 181-214.

MENDES, Maria Cristina Varalla e RODRIGUEZ, Caio Farah. *Notas sobre a alocação de riscos e garantias contratuais*. Em *Fundamentos e Princípios dos contratos empresariais*. Coordenador Wanderley Fernandes. São Paulo: Saraiva-FGV, 2007.

MOTTA, Massimo. Self-preferencing and foreclosure in digital markets: Theories of harm for abuse cases. *International Journal of Industrial Organization*, v. 90, p. 102974, 2023.

NAVARRO, P. E. E RODRÍGUEZ, J. L. *Denotice Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014

- SOUSA, Pedro Paulode. Whatshallwedoaboutself-preferencing? Competition Policy International, 2020. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/what-shall-we-do-about-selfpreferencing/>>. Acesso em 18 de dezembro de 2023.
- SAITO, Carolina. Self-preferencing apenas em mercados digitais? publicado em dez. 2022, JOTA. Disponível em: https://politicaspublicas.direito.usp.br/wp-content/uploads/2022/12/Self-preferencing-apenas-em-mercados-digitais_.pdf.
- UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document – Impact Assessment Report – Proposal for The Digital Markets Act*. Bruxelas, 2020, Anexo 5.6; AKMAN,
- P. Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act. *European Law Review*, v. 47, n. 1, p. 85–115, 2022, pp. 86-87.
- _____. Antitrust Cartel Cases: 39740 Google Search (Shopping). 27 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3dBy2HK>. Acesso em: 18.06.2024.
- ZINGALES, Nicolo; JAROSLAVSKY, Rafaella Schwartz. Eficiências, justificativas legítimas e outras defesas em condutas unilaterais e condutas comerciais uniformes no Brasil: *lições e insights para ecossistemas digitais*. In: ZINGALES, Nicolo; AZEVEDO, Paula Farani de (orgs.). *A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

ANEXO

This Report analyzed the potential impact of Bill 2.768 on legal certainty, and comparing the application of the obligations outlined in its Article 10/11 with CADE's jurisprudence over the past 10 years. We have measured the impact on legal certainty in terms of potential conflicts between Bill 2.768 and CADE's jurisprudential parameters, considering that the legislative proposal maintains CADE's antitrust enforcement powers while giving ANATEL enforcement of the new law (and it is quite unclear how the two agencies would work together)

We have raised the following hypothesis: if self-preferencing, refusal of access to platforms, and misuse of data had been analyzed by applying the prohibitions contained in Bill 2.768, what would have been the divergence between CADE and ANATEL's decision? Since the standards for analyzing self-preferencing in Bill 2.768 are broad, it is possible to compare practices offline and online across various markets, thus providing more examples to visualize the potential impact in terms of conflicting decisions.

The analysis also allows for measuring and comparing CADE's conviction rate for these practices versus ANATEL's hypothetical application of Bill 2.768. To do so, we compared the application of the ex-post antitrust methodology vis a vis the ex-ante parameters presented in Bill 2.768. This evaluation, with concrete examples of self-preferencing cases CADE has analyzed, allows us to draw conclusions on the very feasibility of stipulating per se obligations or prohibitions concerning vertical conduct.

A key point to note from the outset is the lack of clarity on how the parameters for balancing the obligations provided in Article 10, outlined

in Article 11 of Bill 2768, would be applied. There are at least four possible interpretation scenarios for applying the obligations contained in Article 10 alongside Article 11 of the bill.

Scenario 1 (C1): Outright prohibition of non-discrimination provided in Article 10, without a case by case analysis of the market or specific practice with Article 11 only serving as a guideline for sanction calibration. Article 11 would have no material consequences for characterizing the infraction, having relevance only for penalty dosimetry.

Scenario 2 (C2): Article 11 has material effects on the characterization of infractions, leading to two sub-scenarios:

Scenario 2-A (C2-A): Strict conditional rules with exceptions to self-preferencing. Once the condition of one of the clauses in Article 11 is met, the obligation of non-discrimination is exempted.

Scenario 2-B (C2-B): Conditional contributory rules where conditions in Article 11 are reasons in favor of self-preferencing, but not sufficient for its permission. There would be discretion to weigh reasons for and against allowing the conduct.

Below, we rewrite the rules of self-preferencing with the conditions set out in the clauses of Article 11 of the Bill, in Scenarios C2-A (non-bolded formulation of the legal consequence) and C2-B (bolded formulation of the legal consequence):

Rule 1) Even if there is power to control access and market power, if self-preferencing is based on technical and non-arbitrary criteria, then self-preferencing is allowed (then this is a reason in favor of allowing self-preferencing)

Rule 2) Even if there is power to control access and market power, if self-preferencing does not pose a risk of harm, then self-preferencing is allowed (then this is a reason in favor of allowing self-preferencing)

Rule 3) Even if there is access control power and market power, if self-preferencing brings benefits to the market or reduces costs, then self-preferencing is allowed (then this is a reason in favor of allowing self-preferencing)

Rule 4) Even if there is access control power and market power, if there is high competition in the service offered by the platform, then self-preferencing is allowed (then this is a reason in favor of allowing self-preferencing)

Scenario 3 (C3): The very application of the antitrust methodology, with hierarchical criteria for commercial justification, rivalry, damage potential, and compensatory efficiencies. In this scenario, there is obviously full convergence with CADE’s jurisprudence.

The very existence of at least four possible interpretations of how to apply the obligations under Bill 2768 introduces considerable legal uncertainty. This would also likely lead to judicial challenges, causing potential divergences between administrative and judicial decisions.

The potential conflict between Bill 2768 and CADE’s jurisprudence is significant, as the bill 2768 uses the concept of “power of essential access control”, akin to the DMA’s “gatekeeper” concept, which is based on revenue rather than on market power (the analysis used by CADE). The concept used by the Bill likely subjects companies without market power to obligations and penalties without sufficient evidence of anticompetitive behavior or harm to competition or consumers.

Even if we assume a conservative perspective, where platforms with “power of essential access control” are arbitrarily assumed to have market power, the analysis reveals significant potential for conflict and legal uncertainty.

The table below summarizes the divergences between interpretation scenarios of Bill 2.769 and CADE’s decisions over the past 10 years:

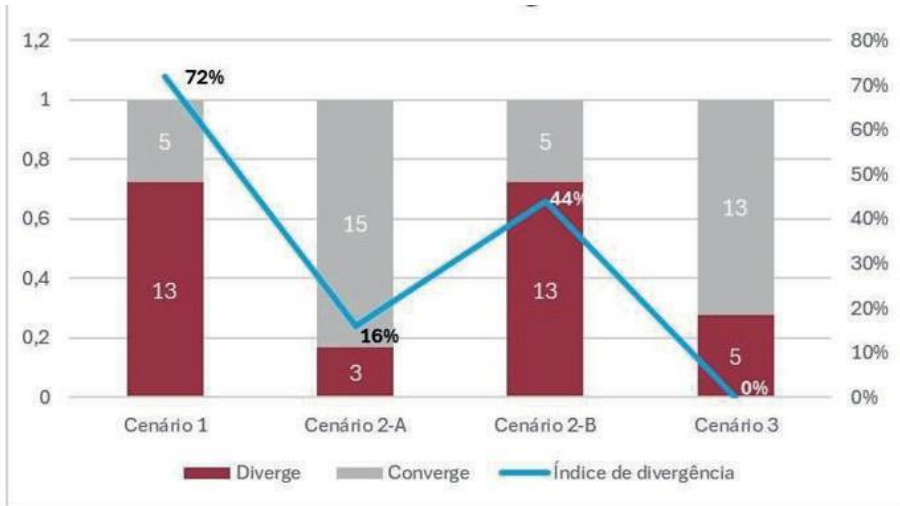
Table 3 – Divergence and Convergence for each interpretative scenario

Case	Scenario 1	Scenario 2A	Scenario 2B	Scenario 3
Cash Transport	Conflicts	Converges	Converges	Converges
ANTAQ vs OGMO	Converges	Converges	Converges	Converges
Automotive Alarms	Converges	Conflicts	Converges	Converges
Videolar Innova vs Braskem	Conflicts	Converges	Conflicts	Converges
Semasa vs Sabesp	Conflicts	Converges	Conflicts	Converges
Comgás vs White Martins	Converges	Converges	Converges	Converges
BT vs Postal Service Consortium	Converges	Conflicts	Converges	Converges
Verri vs White Martins	Conflicts	Converges	Converges	Converges
PTI vs Target & ABNT	Conflicts	Converges	Converges	Converges

Google Adwords	Conflicts	Converges	Converges	Converges
Google Onebox	Conflicts	Converges	Conflicts	Converges
Cielo vs Linx & Stone	Conflicts	Converges	Conflicts	Converges
Airline Loyalty Programs	Conflicts	Converges	Converges	Converges
Google Shopping	Conflicts	Converges	Conflicts	Converges
Veloe vs Connect Car & Sem Parar	Conflicts	Converges	Conflicts	Converges
Âmbar vs Petrobras	Conflicts	Converges	Conflicts	Converges
THC2	Converges	Converges	Converges	Converges
Comgás vs Petrobras	Conflicts	Conflicts	Conflicts	Converges

Visualize the degree of divergence versus convergence for each scenario and calculate the divergence rate for each interpretative scenario of Bill 2768:

Table 4 – Divergence and Convergence for each interpretative scenario



Thus, it can be seen that Scenario 1 (interpreting Bill 2768 as imposing categorical obligations) would bring drastic consequences, with a divergence rate of 77% in relation to CADE’s jurisprudential tradition and conflicts in all cases where discriminatory practices were allowed by CADE, as it analyzed various factors including commercial justifications, absence of harm, or economic efficiencies.

In Scenario 2-A (interpreting Bill 2768 as having strict conditional obligations with exceptions), the divergence is low at 16%, thus making the application of Bill 2768 less impactful on legal certainty. However, as will be observed below, this scenario is more lenient than CADE’s jurisprudence for markets in general, which seems contradictory with the Bill’s goal of bringing greater rigor to competition enforcement in the so-called “digital markets.”

Scenario 2-B (interpreting Bill 2768 as having contributive conditional obligations, i.e. as conditions bringing reasons for or against the

permission of self-preferencing), on the other hand, is quite impactful, with a 44% divergence from CADE’s decisions on self-preferencing: there would be conflict and, therefore, potential for judicial disputes in nearly half of the discrimination cases evaluated by ANATEL and CADE.

Finally, Scenario 3 presents full convergence, as it interprets the bill as applying the same ex-post methodology of antitrust analysis, with the inconvenience of duplicating the national competition authority.

It is also interesting to observe the conviction rates in each scenario to assess the potential impacts of Bill 2768.

Table 5 – Results of CADE’s decisions and Bill 2.768 interpretation scenarios

Case	CADE’s Decision	Scenario 1	Scenario 2A	Scenario 2B	Scenario 3
Cash-in-Transit	Dismisses	Condemns	Dismisses	Dismisses	Dismisses
Antaq vs OGMO	Condemns	Condemns	Condemns	Condemns	Condemns
Automotive Alarms	Condemns	Condemns	Dismisses	Condemns	Condemns

Videolar In- nova vs Braskem	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses
Semasa vs Sabesp	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses
Comgás vs White Martins	Condemns	Condemns	Condemns	Condemns	Condemns
BT X Office Consortiums	Condemns	Condemns	Dismisses	Condemns	Condemns
Verri vs White Martins	Dismisses	Condemns	Dismisses	Dismisses	Dismisses
PTI vs Target & ABNT	Dismisses	Condemns	Dismisses	Dismisses	Arquiva
Google Adwords	Dismisses	Condemns	Dismisses	Dismisses	Dismisses
Google Onebox	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses

Cielo vs Linx & Stone	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses
Fidelidade de cias aéreas	Dismisses	Condemns	Dismisses	Dismisses	Dismisses
Google Shopping	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses
Veloe vs Connect Car e Sem Parar	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses
Âmbar vs. Petrobras	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses
THC2	Condemns	Condemns	Condemns	Condemns	Condemns
Comgás vs. Petrobrás	Dismisses	Condemns	Dismisses	Condemns	Dismisses

Similarly, we can visualize, for each scenario, the degree of divergence versus conviction through the bar chart below and calculate the

conviction rate for discriminatory conduct in CADE’s case law, compared to each of the interpretation scenarios of PL 2.768.

Table 6 – Convictions by CADE and in the Different Scenarios of PL 2.768



Looking at the conviction rates, **Scenario 1** (interpreting Bill 2768 as imposing categorical obligations) seems unacceptable as it completely stiffens differentiation strategies in the market without any consideration of the impacts on competition and possible benefits to consumers and innovation. Moreover, there might not even be market power among the agents, as highlighted above.

Scenario 2-A (interpreting Bill 2768 as stipulating strict conditional obligations with exceptions), as observed, significantly reduces the conviction rate for discriminatory conduct by CADE, almost by half. Although this interpretation is plausible, it would have the reverse effect of the explicit motivation behind the PL, which aims to apply stricter treatment to digital platforms with “power of essential access control”.

Meanwhile, **Scenario 2-B** (interpreting Bill 2768 as stipulating contributive conditional obligations, i.e. as reasons for the permission self-preferencing that may be overridden), even under the conservative

interpretation made during the analysis, shows a high conviction rate for discriminatory practices, reaching 72%, which could have harmful effects by discouraging pro-competitive behavior from economic agents offering online services. As seen in the qualitative analysis of the cases, Scenario 2-B brings several points of incompatibility that do not seem reasonable and could lead to decisions difficult to justify, considering the proper functioning of the market and consumer welfare.

It is notable how distorted the situation becomes in Scenario 2-B when the step-by-step nature of the antitrust methodology is lost. This is because the presence of a factor, such as a legitimate business justification, in traditional antitrust analysis is highly important to determine whether or not conduct in question is anti-competitive or pro-competitive. Thus, other reasons against the practice listed in Article 11 would not apply. However, in the ex-ante rules framework of Scenario 2-B and the proposal in the PL, all rules are triggered, meaning the authority must simultaneously consider and weigh all the reasons.

In particular, as observed in some cases referenced in Table 3, the absence of competitive relationships in the downstream market led CADE to conclude that there were no incentives or risk of harm to competition in the market, which would already disqualify the practice as illegal under traditional antitrust analysis. This same rational reasoning is not available in the application of ex-ante rules. Under the proposed Bill, even in the absence of competitive harm or lack of incentives for anticompetitive behavior, the mere existence of differentiated treatment by the platform triggers the pros and cons analysis outlined in Article 11, under Scenario 2-B. If other reasons against differentiation, such as arbitrariness, lack of technical criteria, absence of competition in supply, or lack of cost reduction, are applicable, the conduct then becomes prohibited. This was evident in the Report's analysis of cases like Comgás vs. Consórcio Gemini, THC2, and the administrative proceeding in the automotive alarms market.

This distortion is particularly relevant when we consider that the analysis proposed by Bill 2768 does not assume that the agent holds

market power, but merely the power of essential access control, measured by revenue, which could lead to conviction regardless of market power.

In other words, differentiated conduct by a platform providing online services could be prohibited and penalized, even if the conduct is directed at a vertically related company that is not a competitor of the platform, or even if the platform does not have market power. As a result, the prohibitions in the Bill exceed the objective of protecting competition in so-called digital markets, and therefore, contrary to the goals stated in the legislative proposal.

The same issue arises with the analysis of efficiencies. Article 11, section IV of Bill 2768 seems to have intended to incorporate some types of efficiencies by considering “market benefits” or “cost reductions.” Several problems emerge in its application.

First, in antitrust methodology, the recognition of compensatory efficiencies authorizes the conduct, overriding all other reasons against the practice. However, in the application of ex-ante rules, there is no step-by-step methodology or hierarchy of considerations, as in antitrust analysis, which could lead to conviction even when compensatory efficiencies are recognized. This is what happens in cases like Google Shopping, Google Adwords, and *Âmbar vs. Petrobras*.

Furthermore, the analysis of market benefits or cost reductions does not cover all efficiency scenarios recognized by CADE. In particular, it does not capture dynamic efficiencies or those related to quality, which are highly relevant in digital services. As a result, cases dismissed by CADE could be condemned under Bill 2768, especially in innovation-driven markets where dynamic efficiencies are present and desirable. Any adjustments to expand the scope of efficiencies in line with current CADE practices would only marginally affect the impact on legal certainty.

However, there are also instances where mere cost reductions, although observable, are not accepted by CADE—either because they could be achieved through other means or because they are not sufficiently

compensatory. This occurs when balancing welfare gains from efficiencies against the degree of harm to competition. In such cases, there are conflicts between CADE’s condemnatory decisions, which would be permitted under Bill 2768—not only in scenario 2-A, where exceptions, once considered, are applied strictly, but also in scenario 2-B, if there are other favorable reasons for the practice unrelated to the severity of the market harm.

It could be argued that these hierarchical considerations about the reasons for and against discrimination, typically made by CADE based on the antitrust methodology, could be adopted by the new authority responsible for competition in so-called “digital markets.” However, this would mean abandoning the ex-ante approach to embrace the very anti-trust methodology. This would lead us to collapse into **Scenario 3**, where there is no justification for duplicating authorities, with a strong risk of institutional conflicts and litigation, as previously discussed.

The analysis undertaken in this Report casts serious doubts on the very prospect of success in formulating ex-ante rules or per se prohibitions for vertical conduct. This is because the issues and incompatibilities pointed out relate less to the content of the rules and more to the methodology of application.

Although more sophisticated, the antitrust analysis methodology, being ex-post, with a hierarchy of criteria and a decision tree, allows for a contextual assessment. However, different forms of ex-ante stipulation of prohibitions, even when exceptions are also set ex-ante, can lead to a series of over-inclusions (conduct that is prohibited but, in the specific contextual analysis, should be allowed) or under-inclusions (conduct that is allowed but, in the contextual analysis, should be prohibited).

As we saw in the analysis of self-preferencing conduct, Scenario C2-A contains many under-inclusions compared to CADE’s jurisprudence, while Scenario C2-B contains many over-inclusions.

The presence of under- and over-inclusions is a characteristic of rule-based regulations, where exceptions may arise during contextual application and enforcement. It is difficult to foresee all possible exceptions in a rule that would apply to an obligation or prohibition. Adopting such rules necessarily implies accepting suboptimal solutions compared to what a contextual analysis would provide. However, their adoption can be advisable when the predictable volume of suboptimal solutions is low and can be offset by reduced enforcement costs—that is, the time and material costs of analyzing all the particularities of a case. In such cases, applying *ex-ante* rules can bring legal certainty, as it implies stability, with few cases of suboptimal decisions and reduced enforcement costs.

But this is only the case when there is significant consensus regarding the conditions under which an obligation or prohibition of conduct should apply in different contexts, and there is no willingness to change such conviction as time and the contexts in which the practice occurs evolve. For example, there is little disagreement about the prohibition of the conduct of “killing someone,” and consensus exists regarding the few exceptional conditions (e.g., self-defense). On the other hand, there is no willingness to change this solution—that is, the belief that killing should be prohibited—as social conditions evolve.

Another problem here is that *ex ante* rules are asymmetrical, as they don’t apply to all players competing in the space but are based on the size of the player across various sectors.

Thus, the stipulation of *ex-ante* prohibitions is only suitable for providing legal certainty when it is expected that there will be a minimum of suboptimal decisions, something that is observed only with respect to practices that meet the following characteristics:

- I. There is a well-established track record of convictions for the practice.
- II. The practice to be prohibited causes harm in the vast majority of cases, with minimal prospects of suboptimal decisions when applying a general ex-ante prohibition.
- III. There is significant consensus regarding the conditions under which the prohibition of the conduct should apply and what should be its exceptions.
- IV. There is little or no history of establishing new conditions or exceptions to the prohibition in the authority's precedents.
- V. There is low dynamism in the evolution of social or economic conditions related to the practice of the conduct, meaning there is no willingness to alter the prohibition over time or introduce new conditions or exceptions.

As we saw in the analysis of CADE's precedents regarding discriminatory conduct and self-preferencing, none of these factors are present.

Firstly, there is no history at CADE of convictions for self-preferencing conduct in digital markets. One may argue that this supposed lenience is the very reason for changing the approach, but the point here is that making self-preferencing ex ante forbidden may be a radical move that inverts the spectrum of a vertical practice that may bring efficiencies and benefits to consumers in different contexts.

Secondly, when we look at markets in general, there have been few convictions for self-preferencing in CADE's jurisprudence, with a conviction rate of 27% over the past 10 years. This makes the likelihood of suboptimal decisions high, with significant under-inclusion (Scenario 2-A) or over-inclusion (Scenarios 1 and 2-B).

Thirdly, as the analysis of CADE's case law shows, the impact of self-preferencing conduct is far from being inherently anticompetitive.

Indeed, even in convictions of a particular practice of self-preferencing, there is usually divergence among commissioners, including in so-called digital markets, what shows a lack of certainty that is uncongenial to a per se regulation.

Fourthly, as we have seen along this report, CADE's case law shows that a series of new conditions have been established as relevant and introduce exceptions to the prohibition of self-preferencing, which also increases the risk of suboptimal decisions, with negative effects on economic relationship.

Finally, there is a high level of innovation and changes in the economic and market conditions of the various digital services, a trend that is likely to intensify with the evolution of Artificial Intelligence, which will undoubtedly impact the dynamics of so-called digital markets.

ANOTAÇÕES

ANOTAÇÕES

ANOTAÇÕES

