



# Direito concorrencial brasileiro: desdobramentos relevantes e perspectivas

3ª Edição

**MATTOS FILHO** > Mattos Filho, Veiga Filho,  
Marrey Jr e Quiroga Advogados

# Sumário

Introdução .....	<b>3</b>
Debates mais recentes sobre sanções a cartéis .....	<b>4</b>
Intervenções protelatórias e judicialização de atos de concentração por terceiros: uma nova tendência? .....	<b>8</b>
Momento de configuração de grupo econômico .....	<b>13</b>
ESG e Concorrência.....	<b>22</b>
CADE lança novo estudo sobre mercado de plataformas digitais .....	<b>27</b>

# Introdução

O objetivo deste documento é sintetizar os principais destaques da atual política concorrencial brasileira e da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em casos concretos, bem como chamar a atenção para tendências e perspectivas que, a nosso ver, merecem estar no radar de empresas que estejam fazendo negócios ou tenham interesse de desenvolver negócios no Brasil.

Nesta edição, trazemos cinco textos. No primeiro texto, abordamos a discussão de penalidades em cartel. O texto tem como foco a discussão sobre o uso ou não de cálculos de “vantagem auferida” na dosimetria das multas e a condenação de pessoas físicas não administradoras. No texto seguinte, trazemos uma discussão sobre as diferentes formas de participação de terceiros em atos de

concentração. No terceiro texto apresentamos o entendimento do CADE sobre o momento em que deve ser verificada a configuração do grupo econômico para fins de cálculo de faturamento (no contexto da análise de atos de concentração).

No quarto texto exploramos a intersecção entre políticas de governança e socioambientais e o direito da concorrência. Por fim apresentamos um texto sobre as iniciativas do CADE direcionadas ao estudo de mercados digitais, mais especificamente o Caderno de Mercados Plataformas Digitais, no qual a autarquia realizou um extenso levantamento das decisões do CADE em casos envolvendo mercados e plataformas digitais no período de 1995-2020.

The background of the slide is a faded, light-colored photograph. On the left, a tall apartment building with many windows is visible. On the right, a traffic light with three lenses is partially shown. The overall tone is soft and professional.

# — Debates mais recentes sobre sanções a cartéis

---

O Tribunal do CADE tem feito debates intensos, mas ainda não conclusivos, a respeito das sanções aplicáveis a cartéis. Opostamente a uma convergência ou afunilamento das discussões, tais debates têm gerado teses adicionais. Nesse sentido: (i) continua o debate antigo sobre o uso ou não de cálculos de “vantagem auferida” na dosimetria das multas; (ii) foi suscitada nova tese que permitiria multar empresas acima do teto legal de 20% do faturamento anual, quando a “vantagem auferida” com a conduta for superior; e (iii) foi suscitada nova tese que impediria a condenação de pessoas físicas não administradoras, ao contrário da jurisprudência da autoridade. Adicionalmente, tramitam no Congresso brasileiro projetos de lei que debatem alterações na lei antitruste, incluindo um que propõe mudar a base de cálculo

das sanções por infrações concorrenciais, que passaria a ser a soma do faturamento da empresa ao longo de todos os anos de duração da prática anticompetitiva (atualmente a base de cálculo é o faturamento no ano anterior à abertura de processo administrativo). Esses debates são apresentados a seguir.

Primeiramente, conforme relatado na 1ª edição deste boletim<sup>1</sup>, o debate sobre a aplicação ou não da vantagem auferida é recorrente no CADE, mas até então vinha sendo uma tese minoritária no Tribunal. Até 9 de dezembro de 2020, essa tese apenas havia sido aplicada em três condenações<sup>2</sup>, sendo que na mais recente a razão para aplicação da tese foi a dificuldade de obtenção do faturamento dos representados naquele caso.

---

1. Vide: [https://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/vorn/?msdynttrid=npU00aMM6JQzEXnUDS-07b1Mk\\_oCm5BE43aI2X-Ts7Y#p=35](https://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/vorn/?msdynttrid=npU00aMM6JQzEXnUDS-07b1Mk_oCm5BE43aI2X-Ts7Y#p=35).

2. Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51; Processo Administrativo nº 08012.001029/2007-66; e Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01.

Desde 3 de fevereiro de 2021<sup>3</sup>, contudo, o que se viu foi uma maioria na atual composição do Tribunal defendendo vertentes da tese da vantagem auferida (por exemplo cumulando o cálculo tradicional com estimações da vantagem auferida em licitações). Tal maioria utilizou, de alguma forma, cálculos de vantagem auferida em quatro casos, em que esta era estimável<sup>4</sup>.

Em um dos casos, o julgamento a respeito de cartel em licitações públicas para aquisição de uniformes e kits escolares, o cálculo da vantagem supostamente auferida apenas por uma das empresas serviu também de fundamento para condená-la em um valor superior a 20% do seu faturamento anual (20,5%, mais exatamente). Trata-se de inovação também altamente relevante,

visto que até hoje o CADE mantinha suas multas abaixo da alíquota máxima de 20% estabelecida na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). O debate aqui se relaciona a divergências de entendimento quanto à interpretação do artigo 37, inciso I, da lei, ao dispor que a multa não poderá ser inferior à vantagem auferida pelo infrator, mas limitada a 20% do faturamento bruto da empresa. Ou seja, vale o limite de 20% de multa quando a vantagem auferida apurada for superior?

Outro debate se refere à condenação de pessoas físicas não administradoras. Tal discussão foi inaugurada pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani, que discorda da interpretação adotada pela jurisprudência, até então pacífica do CADE, quanto ao inciso II do art. 37 da Lei de Defesa

---

3. A partir da decisão proferida no Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90.

4. Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90; Processo Administrativo nº 08012.010022/2008-16; Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15; e 08700.004455/2016-94.

da Concorrência, que prevê multas a pessoas físicas em geral (não administradoras). Segundo o Conselheiro, tal dispositivo não pode justificar a imposição de multa isolada a pessoas físicas não administradoras, mas apenas de “multa à pessoa física dissociada de empresa ou pessoa jurídica não empresária (...)”. Contudo, até o momento, essas ponderações foram vencidas pela maioria do Tribunal. Na ocasião do julgamento de condutas colusivas no mercado nacional de componentes eletrônicos para o setor de telecomunicações<sup>5</sup>, por exemplo, os demais conselheiros acompanharam o Conselheiro Luiz Hoffmann para condenar pessoa física não administradora ao pagamento de multa de cem mil reais.

O cenário de múltiplas teses, com divergências manifestadas e maiorias apertadas parece apontar para uma maior probabilidade de instabilidade de

quaisquer dos posicionamentos, opostamente a uma pacificação dos temas, especialmente considerando mudanças iminentes na composição do Tribunal, em razão de mandatos de Conselheiros já vencidos e outros por vencer. A curto prazo, portanto, o tema do sancionamento de cartéis pela autoridade de concorrência brasileiro tende a permanecer inconclusivo, requerendo atenção.

Por outro lado, os debates legislativos paralelos trazem ainda um elemento adicional de incerteza, e a perspectiva de um aumento real das multas aplicáveis.

---

5. Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90.

— Intervenções protelatórias e judicialização de atos de concentração por terceiros: uma nova tendência?

---



Ao analisar um ato de concentração, a autoridade da concorrência procura defender um interesse público que transcende os interesses das partes envolvidas no caso concreto: a manutenção da competição no mercado objeto da operação. Para tanto, terceiros (entendidos aqui como concorrentes, clientes, associações e outros que, embora possivelmente impactados pelo ato de concentração, não são parte do negócio jurídico apresentado ao CADE) podem exercer um papel importante na análise do caso, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) frequentemente conta com a colaboração destes terceiros para obter informações relevantes para a instrução dos atos de concentração. No entanto, em alguns casos recentes, observou-se uma extrapolação do papel legítimo de terceiros ao longo da análise de atos de concentração pelo CADE - inclusive em âmbito judicial. Em particular, duas tendências recentes tem sido observadas: (i) terceiros não habilitados pelo CADE tem tentado se insurgir contra decisões de aprovação de atos

de concentração, apresentando petições simples e com clara intenção protelatória como se fossem recursos; e (ii) terceiros tem levado a análise concorrencial de operações ao judiciário, tentando reverter por via judicial decisões adotadas de forma legítima pelo órgão de defesa da concorrência. Ambos os casos geram insegurança jurídica sobre o atual sistema de notificação prévia de atos de concentração ao CADE, o qual tem funcionado bem desde sua implementação há dez anos.

A participação legítima de terceiros em atos de concentração se dá de duas maneiras: (i) por meio de ofício expedido pelo CADE no contexto do chamado “teste de mercado”, ato complementar de instrução de competência da Superintendência Geral, prevista no artigo 54, II da Lei 12.529/2011; ou (ii) por meio da intervenção voluntária de terceiro interessado, prevista no artigo 50 da Lei 12.529/2011 e regulado pelo artigo 118 e seguintes do Regimento Interno do CADE (“RICADE”).

A possibilidade de intervenção voluntária de terceiros requer que o interessado se habilite tempestivamente, no prazo de 15 dias a contar da publicação do edital da operação, demonstrando a pertinência de sua intervenção e o nexos causal entre suas atividades, eventual aprovação da operação e os efeitos concorrenciais no mercado como um todo. Somente terceiros habilitados têm o direito de recorrer ao Tribunal do CADE caso a Superintendência Geral decida aprovar o ato de concentração ou não o conhecer, nos termos do artigo 121 do RICADE. Ainda, em caso de decisão de impugnação da Superintendência Geral e recurso dos requerentes ao Tribunal, terceiros habilitados também terão o direito de apresentar manifestações ao Tribunal.

Não obstante as previsões legais, não é incomum que terceiros se manifestem voluntariamente

nos autos de atos de concentração, trazendo elementos que entendem pertinentes para a análise dos casos – e que podem ou não ser levados em conta pela autoridade da defesa da concorrência, haja vista que o ato de concentração é um processo administrativo que visa tutelar um direito difuso, e não um processo contencioso que se presta a analisar lides privadas.

Em dois casos recentes, no entanto, terceiros não habilitados nos atos de concentração extrapolaram seus legítimos papéis na instrução de atos de concentração dos quais não eram parte, tentando apresentar recursos contra as respectivas decisões de aprovação, mesmo não tendo legitimidade para tanto. Na primeira oportunidade em que analisou a admissibilidade de recurso interposto por terceiro não habilitado (no caso, o Sindicato dos Petroleiros da Bahia, que se insurgiu contra a decisão de

aprovação do caso Petrobras/Mubadala<sup>6</sup>), o CADE, por meio de despacho proferido pelo seu então presidente interino, Conselheiro Maurício Bandeira Maia, adotou posição enfática no sentido de que o Sindicato não possuía legitimidade para interpor o recurso. Outro caso<sup>7</sup> suscitou decisão semelhante em relação à terceira Aprosoja (Associação Brasileira dos Produtores de Soja), associação que já havia se manifestado nos autos do respectivo ato de concentração em resposta ao ofício do CADE, e tentou a interposição de recurso à decisão de aprovação incondicionada da Superintendência Geral, mesmo não sendo parte legítima para tanto. O Tribunal do CADE rejeitou o alegado “recurso” de maneira unânime.

Terceiros frustrados com a análise conduzida pelo CADE em atos de concentração também têm adotado a via judicial. Nesse sentido, a Aprosoja que, como mencionado acima, tentou recorrer da aprovação do Ato de Concentração nº 08700.001901/2021-76, ingressou com mandado de segurança a fim de sustar a decisão da Superintendência Geral. Já a CERVBASIL (Associação Brasileira da Indústria de Cerveja) obteve recentemente decisão liminar favorável para suspender a aprovação incondicionada do ato de concentração no qual participara do teste de mercado, alegando a ocorrência de uma série de vícios formais que teriam obstado sua participação efetiva na instrução do caso<sup>8</sup>.

---

6. Ato de Concentração nº 08700.001687/2021-58. Requerentes: MC Brazil Downstream Participações S.A. e Petróleo Brasileiro S.A..

7. Ato de Concentração nº 08700.001901/2021-76. Requerentes: BASF S.A., Monsanto do Brasil Ltda., Du Pont do Brasil. S.A., Dow Agrosiences Industrial Ltda. Syngenta Seeds Ltda.

8. Ato de Concentração nº 08700.002605/2020-10. Requerentes: Bunge Alimentos S.A. e Grupo Imcopa.

Independentemente da via adotada, fato é que o apetite de terceiros na atuação perante o CADE no âmbito de atos de concentração – sejam estes habilitados, oficiados ou não – exerce papel importante e pode contribuir significativamente para as instruções dos casos, além de efetivamente influenciar o resultado da análise do CADE – o que, em geral, é bem-vindo, desde que respeitados os limites legais dos papéis atribuídos a terceiros. O que não se pode permitir é que esse papel seja extrapolado, permitindo-se que terceiros (em especial aqueles não habilitados) assumam o protagonismo dos casos e transformem a análise do ato de concentração em palco de discussão de lides privadas, gerando insegurança jurídica acerca das decisões emitidas pela autoridade antitruste e protelando indevidamente a implementação de operações legitimamente aprovadas -- o que colocaria em xeque a efetividade de um sistema de controle prévio de concentrações que tem funcionado pelos últimos dez anos. A julgar pelo teor das decisões do CADE em casos recentes,

espera-se que, ao menos no âmbito administrativo, essa tendência não prevaleça.

The background of the slide features a blurred, high-angle view of a multi-story apartment building with many windows. In the lower right foreground, a traffic light is visible, showing three lenses. The overall color palette is light and muted, with a soft orange-brown hue for the text.

# — Momento de configuração de grupo econômico

---

Nova decisão da Superintendência Geral do CADE sobre o momento em que deve ser verificada a configuração do grupo econômico para avaliação da necessidade ou não de notificação prévia de uma operação societária ao CADE.

## A. Introdução

Para determinar se uma determinada operação deve ou não ser notificada previamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), a configuração dos grupos econômicos das partes envolvidas e o cálculo de seus respectivos faturamentos são elementos chave. Segundo a lei brasileira, a notificação será obrigatória se pelo menos um dos grupos econômicos envolvidos na operação tiver obtido faturamento bruto de, no mínimo, R\$ 75 milhões no

Brasil, no último exercício fiscal anterior à operação, e pelo menos um outro grupo econômico também envolvido na operação tiver obtido faturamento bruto de, no mínimo, R\$ 750 milhões no Brasil, no mesmo período<sup>9</sup>. O primeiro passo para calcular o faturamento bruto de um grupo é definir, com clareza, quais pessoas físicas e jurídicas compõem o grupo em questão. Contudo, a lei e os regulamentos editados pelo CADE não trazem, de forma expressa, qual deve ser a data de corte para a definição da configuração do grupo para fins dessa análise no contexto de uma determinada operação de M&A.

Tendo em vista a ausência de previsão normativa específica, os agentes econômicos têm se guiado pelas orientações extraídas de decisões proferidas, tanto pela Superintendência-Geral do CADE (“SG”) quanto pelo Tribunal do CADE. Nesse sentido,

---

9. Vide Art. 88 da Lei nº. 12.529/2011 e Portaria Interministerial nº. 994/2012.

uma decisão recente da SG, proferida no dia 17 de agosto de 2021, analisou o tema, apresentando um posicionamento distinto de decisões passadas. Os principais aspectos abordados em referida decisão estão elencados abaixo.

A decisão referiu-se à aquisição da Irmãos Boa Ltda. ("Irmãos Boa") e da Santa Rosa Comércio Atacadista de FLV Ltda. ("Santa Rosa") pela SMR Participações e Investimentos S.A. ("SMR"), veículo do Pátria Investimentos Ltda<sup>10</sup>. As requerentes pediram que a operação não fosse conhecida, uma vez que, no momento de assinatura do contrato que formalizou aquela operação, o grupo econômico da SMR, em sua visão, não atingia o critério de faturamento para notificação obrigatória. Tal entendimento estaria amparado no fato de que, na data de assinatura do contrato, uma outra empresa, a Tiscoski Distribuidora

Comercial Ltda. ("Tiscoski"), ainda não integraria o grupo da SMR, pois o fechamento da operação de sua aquisição ainda não havia ocorrido e ainda estava sujeito ao cumprimento de condições precedentes. Assim, as requerentes defenderam que o faturamento bruto obtido pela Tiscoski não deveria ser contabilizado no faturamento bruto do grupo econômico da SMR – sem o faturamento da Tiscoski o critério de notificação previsto em lei não seria preenchido.

Diante desse quadro fático, a SG discutiu duas questões importantes relacionadas à configuração de grupo econômico para fins de cálculo do faturamento bruto e preenchimento dos critérios de notificação: (i) em que momento deve ser considerada a configuração de grupo econômico para fins de cálculo de faturamento bruto?; e (ii) empresas cuja aquisição foi contratada, ou seja,

10. Ato de Concentração n. 08700.002141/2021-14

o contrato formalizando a aquisição foi assinado, mas a operação ainda não foi fechada, ou não se aperfeiçoou, devem ser consideradas como parte do grupo econômico adquirente para fins de cálculo de faturamento bruto e notificação ao CADE (e, em situação contrária, empresas cujo contrato de venda já foi assinado, mas em que a operação ainda não foi fechada, deixam de ser consideradas como parte do grupo econômico vendedor caso esta seja a parte notificando uma operação ao CADE)?

Como será detalhado a seguir, a resposta a estas duas questões nem sempre foi uniforme nas decisões do CADE, e há uma série de aspectos a serem considerados pelas partes envolvidas em

operações societárias potencialmente sujeitas ao crivo do CADE.

## **B. Em que momento a configuração do grupo econômico deve ser considerada para fins de cálculo de faturamento bruto?**

No caso HNA/Azul<sup>11</sup>, a decisão da SG considerou que a configuração do grupo econômico a ser considerada era aquela existente no final do ano anterior à operação.

Já no caso Rede D'Or/GSH Participações<sup>12</sup>, a SG considerou que o momento em que a configuração do grupo econômico deveria ser avaliada seria a

<sup>11</sup>. Ato de Concentração n° 08700.000478/2016-20 (Requerentes: Hainan Airlines Co. Ltd. e Azul S.A). Parecer de aprovação publicado pelo CADE em 4 de fevereiro de 2016.

<sup>12</sup>. Apuração de Ato de Concentração n. 08700.000631/2017-08 (Requerentes: Rede D'Or São Luiz S.A e GGSH Participações S.A). Julgamento pelo Tribunal do CADE ocorrido em 8 de agosto de 2018.

data de formalização da operação em análise, i.e., data de assinatura do contrato da operação.

Por fim, a decisão mais recente exarada pela SG, caso SMR/Irmãos Boa/Santa Rosa, determinou que momento de delimitação do grupo econômico é “o momento da operação” e que, com base em entendimento exposto na decisão do caso Chaplapharm/La Roche, o “momento da operação” corresponderia à data da notificação da operação<sup>13</sup>.

Assim, a decisão mais recente proferida pela SG sobre o assunto indica que a configuração do grupo econômico a ser considerado pelas partes de um ato de concentração é aquela na data de notificação da operação ao CADE. Em termos práticos, de acordo com referida decisão, em havendo modificações (por meio da aquisição ou

venda de empresas) no grupo econômico de uma das partes, não apenas entre o fim do último ano fiscal e a data de assinatura do contrato, mas também entre a data de assinatura do contrato e a data da efetiva notificação da operação ao CADE, tais alterações deveriam ser consideradas para determinar se, de fato, o grupo econômico atingiria os critérios de faturamento bruto necessários para que a operação fosse de notificação da operação.

Tal consideração se daria, então, por meio da soma do faturamento bruto auferido no último ano fiscal pelas empresas que tenham passado a integrar o grupo econômico entre o fim do último ano fiscal e a data da efetiva notificação da operação ao CADE, e da subtração do faturamento auferido no último ano fiscal pelas empresas que tenham deixado de

---

13. Nesse sentido destacam-se os seguintes trechos da decisão: “A definição de grupo, com a devida contabilização das empresas em que as partes envolvidas na operação tenham participação societária, deve levar em conta a situação no momento da operação.” e “O momento da operação compreenderia a data da notificação da operação.”

integrar tal grupo econômico durante esse mesmo período.

### C. Empresas cuja operação de aquisição ou alienação foi assinada mas ainda não foi fechada devem ser consideradas como parte do grupo econômico adquirente para fins de cálculo de faturamento bruto e avaliação da necessidade de notificação de operação assinada posteriormente ao CADE?

Nessa mesma decisão recente da SG (SMR/Irmãos Boa/Santa Rosa) a respeito do tema, há também um indicativo de que foi alterado o entendimento expressado em decisões anteriores a respeito de quais empresas devem ser consideradas como

parte do grupo econômico para fins de cálculo de faturamento.

Até então, o entendimento predominante era o da decisão proferida no ato de concentração entre HNA e Azul<sup>14</sup>. Naquele caso, a SG concluiu que empresas cujas aquisições não tinham sido efetivamente consumadas não deveriam ser consideradas como parte do grupo econômico e, portanto, seus faturamentos bruto não deveriam ser contabilizadas no cálculo de faturamento bruto do grupo econômico, para fins de avaliação da obrigação de notificação prévia ao CADE. Segundo o entendimento da SG, uma vez que a aquisição de uma empresa ainda estava pendente de aprovação regulatória em outras jurisdições, tal empresa não deveria não incluída no cálculo de faturamento bruto do grupo. Para além de pendências relacionadas a aprovações regulatórias, há,

14. Idem n.r. 9.

geralmente, outras condições precedentes que também podem impedir o fechamento de operações societárias.

No entanto, a decisão recente no caso SMR/Irmãos Boa/Santa Rosa trouxe um posicionamento distinto da SG. De acordo com esta nova decisão, empresas cuja aquisição tenha sido contratada (assinatura do contrato) antes da operação objeto da notificação ao CADE, mesmo que ainda não tenham sido fechadas/consumadas, devem ser consideradas como parte do grupo econômico para fins de cálculo de faturamento bruto, independentemente da existência de condições precedentes ao fechamento ainda pendentes<sup>15</sup>:

***Uma empresa será contabilizada como parte de um dos grupos envolvidos na operação quando a aquisição de ações/cotas dessa empresa estiver***

***pendente de eficácia, sobretudo se a operação anterior já tiver sido notificada ao CADE. Nesse caso, o marco para configuração de grupo é a data da notificação da operação a esta Autarquia e serão consideradas as empresas recém adquiridas cujas consumações estejam com alguma pendência (a ser tratada como mera condição de eficácia). (g.n)***

Nesse sentido, é possível inferir que o contrário também seria verdadeiro. Ou seja, empresas cuja venda foi formalizada, mas ainda não consumada, já não deveriam ser consideradas integrantes do grupo econômico do vendedor para fins de cálculo de faturamento bruto e de consequente necessidade de notificação de operações posteriores ao CADE. Esse entendimento é similar àquele já exarado pela SG no ato de concentração entre Rede D'Or/NEOH, no qual a SG indicou que a

15. Ato de concentração nº 08700.002141/2021-14. (Requerentes: SMR Participações e Investimentos S.A., Irmãos Boa Ltda. e Santa Rosa Comércio Atacadista de FLV Ltda.). Parecer de aprovação publicado pelo CADE em 17 de agosto de 2021.

aprovação, pelo CADE, de uma operação anterior de venda faria com que os vendedores não mais integrassem o grupo econômico da empresa alienada<sup>16</sup>.

Contudo, a decisão do caso SMR/Irmãos Boa/Santa Rosa é incisiva para incluir não somente empresas cuja aquisição já tenha sido aprovada pelo CADE, mas também aquelas cujos atos de concentração ainda estejam sujeitos à aprovação do CADE ou a outras condições precedentes para o fechamento – entendimento que é novo.

## Conclusão

Diante do exposto, nota-se que não há um posicionamento consolidado do CADE com

relação ao momento da configuração do grupo econômico e se empresas objeto de operações de aquisição ou desinvestimento devem ser incluídas (ou excluídas) do grupo para fins de cálculo de faturamento bruto caso ainda esteja pendente sua consumação.

Embora essas questões tenham sido abordadas recentemente no caso SMR/Irmãos Boa/Santa Rosa, algumas decisões anteriores indicavam um posicionamento distinto, não estando claro se o entendimento manifestado pela SG nesse último caso se manterá em casos futuros.

De qualquer modo, vale destacar que a decisão do caso SMR/Irmãos Boa/Santa Rosa fez uma recomendação expressa para casos futuros<sup>17</sup>, em

---

16. Ato de Concentração nº 08700.007317/2016-67. (Requerentes: Rede D'Or São Luiz S/A, NEOH - Memorial Núcleo Especializado em Oncologia e Hematologia Ltda.). Parecer de não conhecimento publicado pelo CADE em 24 de novembro de 2016.

17. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da decisão: "A título de orientação e direcionamento das demais situações, para os casos envolvendo empresas cuja transferência não tenha sido previamente notificada ao CADE, quando da realização de outros atos de concentração, ainda que a transferência esteja pendente de eficácia, a configuração de grupo deve considerar a empresa em questão, para fins do art. 88 da Lei nº 12.529/2011 c/c o art. 4º da Resolução CADE nº 2/2012."

especial com relação ao fato de que empresas cuja aquisição já tenha sido formalizada, mas ainda não consumada, deveriam ser consideradas como parte do grupo econômico adquirente para fins de cálculo de faturamento bruto.

Sendo assim, é recomendável que, ao analisar se determinada operação cumpre os critérios de notificação obrigatória ao CADE, as empresas levem em conta também os parâmetros estabelecidos por esta nova decisão, em especial em situações limítrofes, nos quais a aplicação de um ou outro entendimento pode resultar em conclusões distintas com relação ao dever de notificação.

The background of the slide features a blurred, high-angle view of a tall, multi-story apartment building with many windows. In the lower right foreground, a traffic light is visible, showing three lenses. The overall color palette is light and muted, with a soft orange accent line on the left side.

# — ESG e Concorrência

---

A discussão sobre a necessidade de mudanças nos padrões atuais de governança societária e de políticas socioambientais (“políticas ESG”) das empresas tem se tornado progressivamente mais relevante no mundo corporativo e a necessidade de diálogo com diversas áreas do direito é cada vez mais evidente. O direito da concorrência não é exceção.

Embora o debate sobre a intersecção entre políticas ESG e a defesa da concorrência ainda seja incipiente no Brasil, no âmbito internacional isso já se encontra em estágio mais avançado. Nesse sentido, destaca-se o trabalho de autoridades de países europeus e da própria Comissão Europeia, que têm se debruçado, por exemplo, sobre a questão de como – e se – fatores relacionados à sustentabilidade<sup>18</sup> devem ser considerados e/ou

integrados na análise concorrencial de operações societárias e de condutas empresarias. Da mesma forma, essas autoridades vêm aprofundando a análise sobre o impacto concorrencial de determinadas iniciativas de ESG.

Se, de um lado, existe a preocupação de como evitar que as normas de defesa da concorrência constituam empecilho para a adoção de práticas sustentáveis por parte das corporações, inclusive por meio de parcerias, de outro, as autoridades exploram mecanismos para evitar que determinadas iniciativas positivas do ponto de vista socioambiental venham a ser concorrencialmente danosas. Isso porque, embora a cooperação entre players privados possa favorecer a implementação de iniciativas do gênero – como investimentos conjuntos para o

---

18. Note-se que o termo “sustentabilidade” é aqui utilizado com sentido amplo, englobando fatores ambientais, sociais e econômicos, nos termos descritos na Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 66/288 de 2012. Disponível em: ([https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_66\\_288.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_66_288.pdf)). Acesso em 20 de setembro de 2021.

desenvolvimento de tecnologias mais “verdes”; ou acordos para substituir o uso de determinados insumos ao longo da cadeia produtiva –, também há um receio de que possam infringir a legislação concorrencial, ao criar incentivos para trocas de informações e/ou a adoção de padrões produtivos comuns entre concorrentes, o que poderia, ao menos em tese, facilitar comportamentos colusivos. Ademais, discute-se em que medida impactos socioambientais positivos decorrentes de operações societárias devem ser levados em consideração na análise, por exemplo, de eficiências.

Nesse sentido, iniciativas relevantes têm sido implementadas na Europa<sup>19</sup>, impulsionadas, principalmente, pelos compromissos assumidos no Pacto Ecológico Europeu. A Comissão Europeia, por exemplo, já anunciou que levará em consideração objetivos de sustentabilidade em suas análises concorrenciais e em guias sobre acordos horizontais e verticais<sup>20</sup>. Não obstante, a Comissão já ressaltou que o direito da concorrência não deve ser visto como instrumento determinante na promoção da sustentabilidade, mas apenas como uma das diversas ferramentas acessórias, até porque, em sua visão, medidas de cunho fiscal

---

19. Autoridades concorrenciais na Europa publicaram diversos documentos sobre o tema: a autoridade grega publicou um documento denominado Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law, em setembro de 2020; a Competition and Markets Authority (CMA) do Reino Unido, por sua vez, disponibilizou um documento intitulado Environmental sustainability agreements and competition law; a autoridade holandesa (ACM) está desenvolvendo um Guia sobre Acordos de Sustentabilidade, para proporcionar maior conforto a concorrentes que desejem colaborar na execução de práticas socioambientais; e, por fim, a OCDE também emitiu um relatório sobre “Sustentabilidade e Concorrência”, examinando a questão sob as perspectivas jurídica e econômica.

20. Vide <https://www.whitecase.com/publications/alert/eu-horizontal-rules-under-review-european-commission-publishes-staff-working>; e <https://www.lw.com/thoughtLeadership/eu-distribution-rules-under-review>.

e regulatório se mostram mais adequadas a esse propósito<sup>21</sup>.

Nessa mesma linha, apesar do crescente apoio a iniciativas de possível flexibilização do direito da concorrência para acomodar questões de natureza socioambiental, também é notória a crescente preocupação em relação aos possíveis efeitos negativos delas decorrentes. O risco talvez mais emblemático consiste na possibilidade de greenwashing, i.e., da utilização do conceito de sustentabilidade como cobertura para a realização de condutas anticompetitivas, o que pode ser agravado pelo fato de inexistirem parâmetros objetivos para se avaliar o nível de sustentabilidade

alcançada por determinadas práticas, o que pode dar margem a uma interpretação excessivamente ampla desse conceito.

No Brasil, até o momento, não há material específico publicado pela CADE sobre o tema, tampouco um posicionamento claro em casos concretos. O tema foi trazido à tona em poucas ocasiões, no âmbito de atos de concentração envolvendo iniciativas sustentáveis. Casos nesse sentido têm sido examinados pelo CADE exclusivamente com base em aspectos concorrenciais, e eventual menção à sustentabilidade normalmente se dá sob o viés econômico tradicional de análise concorrencial.<sup>22</sup>

---

21. Vide [https://ec.europa.eu/competition/information/green\\_deal/call\\_for\\_contributions\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/call_for_contributions_pt.pdf). Acesso em 20 de setembro de 2021.

22. Exemplos dessa abordagem incluem a análise da aquisição, pela Cargill Agrícola S.A., de participação na Zero North A/S, com o subsequente fornecimento de um software ecologicamente correto pela Zero North à Cargill (ato de concentração nº. 08700.009764/2015-70), e também da aquisição, pela ISP Marl Holdings, do negócio de cuidados pessoais da Schulke & Mayr GmbH (ato de concentração nº. 08700.012602/2015-19). Apesar de ambas as operações resultarem na implementação de práticas mais sustentáveis, tal aspecto não teve qualquer peso na análise realizada pela Superintendência-Geral, cuja decisão de aprovação pautou-se exclusivamente na ausência de efeitos deletérios à concorrência decorrentes dos atos em questão.

Nessa linha, vale ressaltar o posicionamento expresso no contexto da aquisição da Ferrous Resources Limited pela Vale S.A.<sup>23</sup>, ocasião em que o CADE deixou claro que sua atuação permaneceria circunscrita a questões de ordem concorrencial, restando afastadas considerações regulatórias, sociais, ambientais e afins.

Por ora, não há orientações específicas do CADE sobre cuidados que devem ser tomados pelas empresas ao implementar determinadas iniciativas socioambientais (para além de orientações gerais de praxe), assim como não há indicativo de que haveria a integração de aspectos socioambientais na análise de atos de concentração. No entanto, considerando a importância e a relevância atribuída ao tema por autoridades concorrenciais estrangeiras, esperamos que essas discussões

comecem a surgir com maior frequência e profundidade no Brasil.

---

23. Ato de concentração nº 08700.007101/2018-63

The background of the slide features a blurred, high-angle view of a multi-story apartment building with many windows. In the lower right foreground, a traffic light is visible, showing three lenses. The overall color palette is light and muted, with a soft orange-brown hue for the text.

— CADE lança novo estudo sobre mercado de plataformas digitais

---

Nos últimos anos, em consonância com as discussões em andamento em âmbito mundial, o CADE apresentou diversas iniciativas direcionadas ao estudo de mercados digitais, que refletem o crescente interesse da autarquia no tema.

Em 2019, o CADE promoveu a conferência internacional “Designing Antitrust for the Digital Era” e lançou o relatório “BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice.” Em junho de 2020, o CADE iniciou uma ampla consulta para coletar informações sobre operações envolvendo empresas desses mercados digitais<sup>24</sup>. Em agosto de 2020, o CADE lançou um documento de trabalho que traz uma revisão de relatórios publicados por outras autoridades ou centros de estudos sobre esse setor.

A iniciativa mais recente, de agosto de 2021, consiste no Caderno de Mercados Plataformas Digitais do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (“Caderno”), no qual a autarquia realizou um extenso levantamento das decisões do CADE sobre mercados e plataformas digitais no período de 1995-2020.

Um primeiro ponto que chama atenção é que o Caderno adotou uma definição ampla de “mercados de plataformas digitais”. Assim, apesar do grande número de casos mapeados pelo CADE, o Caderno não distingue plataformas digitais de outros tipos de modelos de negócios digitais, nem mercados digitais por natureza, daqueles mercados que passam por processos de digitalização ou possuem presença *online*. Nesse sentido, em vários dos precedentes listados há apenas alguma

---

24. Comunicação nº 08700.002785/2020-21, em que 19 empresas foram consultadas: Amazon, B2W, Booking.com, Decolar, Google, iFood, Mercado Livre, Magazine Luiza, Facebook, Grupo Netshoes, Twitter, Microsoft, Submarino Viagens, Apple, Uber do Brasil, 99Taxis, Via Varejo, Walmart Brasil, Tencent.

parcela digital ou *online* dos serviços ou produtos oferecidos.

Além disso, por conta do corte temporal adotado, o Caderno abrange casos antigos, cujos mercados já passaram por evoluções consideráveis desde a análise do CADE, como é o caso dos mercados de música *online* e de vídeo sob demanda. Desta forma, é possível que muitos dos entendimentos firmados no passado (como os critérios para a definição de mercado relevante, o grau de rivalidade do mercado, entre outras variáveis) e refletidos no Caderno sejam revistos e atualizados no futuro.

Quanto à análise de concentrações, o CADE identificou 143 casos relacionados a mercados digitais, a maioria envolvendo o setor de publicidade *online* e varejo *online*. Apenas dois

desses casos foram aprovados sob condições (Nike/Centauro e Itaú/XP)<sup>25</sup>.

O Caderno também mapeou 16 investigações envolvendo mercados digitais nos últimos 25 anos – a respeito, por exemplo, de busca e comparação de preços, publicidade *online*, aplicativos de intermediação de transporte de passageiros, turismo *online*, varejo *online* e música *online*. As principais preocupações concorrenciais suscitadas pelo CADE envolveram acordos de exclusividade e abuso de posição dominante.

Ao todo, dez investigações já foram encerradas. Destas, nove foram arquivadas sem resultarem em condenações. Por conta disso, os precedentes mapeados no Caderno não fornecem pistas sobre critérios de aplicação das penas que seriam hoje aplicadas pelo CADE em casos de condenação em tais mercados, e nem qual seria um

---

25. Atos de Concentração nº 08700.000627/2020-37 (Requerentes: Grupo SBF S.A. e Nike do Brasil Comércio e Participações Ltd) e nº 08700.004431/2017-16 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A).

conjunto probatório considerado suficiente para comprovação de infrações à ordem econômica.

Apesar da falta de jurisprudência consolidada no Brasil, o estudo sinaliza um elevado rigor por parte do CADE na análise de casos envolvendo mercados digitais, com extensa instrução processual e ofícios enviados a diversos *players* relacionados aos mercados do setor.

Por outro lado, dado que práticas em mercados de tecnologia perpassam diferentes países, o CADE está sempre inclinado a analisar decisões de outras autoridades antitrustes em relação a esses mercados. Em casos envolvendo a análise da imposição de cláusulas de paridade no mercado de turismo *online*, por exemplo, o CADE celebrou acordos com as empresas investigadas, limitando o uso dessas cláusulas a circunstâncias específicas para evitar *free riding*, seguindo o posicionamento

da Comissão Europeia de permitir cláusulas de paridade restritas.

Dito isso, as decisões do CADE também têm considerado as peculiaridades do mercado brasileiro e da conduta praticada em território nacional. Por exemplo, os casos *Google Shopping*<sup>26</sup> e *Google AdWords*<sup>27</sup> foram arquivados no Brasil, divergindo do posicionamento adotado pela Comissão Europeia. Em ambas as oportunidades, o CADE constatou que as condutas praticadas pelo *Google* no Brasil não se assemelhavam àquelas que ocorreram na Europa.

Também fica claro que a maior parte das investigações levantadas no Caderno dizem respeito a mercados tradicionais que assumiram viés digital nos últimos anos, como os mercados de turismo, varejo e música. Em tais casos, a análise competitiva se deu por meio de ferramentas

---

26. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

27. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19.

tradicionais de análise antitruste e a digitalização do mercado foi levada em consideração como um fator maximizador do alcance da conduta. Assim, os precedentes indicam que a análise antitruste tradicional é capaz de endereçar problemas em mercados que se digitalizam. Com isso, o CADE reforça a adaptabilidade do regulamento antitruste às diversas práticas empresariais.

Por fim, vale destacar que o Caderno não tem a pretensão de traçar diretrizes sobre como desafios impostos por mercados inovadores deverão ser enfrentados pelo CADE. Assim, há ainda questões deixadas em aberto pela autoridade, como o processo decisório sobre a intervenção em mercados dinâmicos, a forma de estimar seus efeitos de longo prazo; como adaptar instrumentos tradicionais às especificidades das plataformas; e a maneira de identificar e endereçar práticas anticompetitivas. Tampouco há pistas sobre como se dará a coordenação da relação entre proteção da privacidade e política de defesa da concorrência.

Ainda assim, o Caderno mostra-se bastante útil como ferramenta de consulta de precedentes do CADE e guia para análise de mercados digitais. Além disso, o Estudo demonstra o comprometimento do CADE com a constante autoavaliação de seus parâmetros decisórios, e com a busca de capacitação adequada para tanto. Dessa forma, devido à ampla evolução tecnológica e ao aumento de oferta de produtos e serviços por canais *online* (acentuada pela pandemia de COVID-19), é certo que o CADE se debruce sobre o assunto cada vez mais, e venha a definir de forma mais clara os critérios de análise de concentrações e condutas nos mercados digitais nas decisões que se seguirão.

## Nossas sócias e sócios



**Amadeu Ribeiro**

amadeu@mattosfilho.com.br  
+1 646 695 1101  
New York



**Lauro Celidonio**

lauro@mattosfilho.com.br  
+55 11 3147 7669  
São Paulo



**Eduardo Frade**

eduardo.frade@mattosfilho.com.br  
+55 61 3218 6095  
Brasília



**Marcio Soares**

msoares@mattosfilho.com.br  
+55 11 3147 2701  
São Paulo



**Michelle Marques Machado**

michelle.machado@mattosfilho.com.br  
+ 55 11 3147 7639  
São Paulo



**Renata Fonseca Zuccolo Giannella**

rzuccolo@mattosfilho.com.br  
+55 11 3147 7767  
São Paulo

**MATTOS FILHO** > Mattos Filho, Veiga Filho,  
Marrey Jr e Quiroga Advogados

 /company/mattosfilho

 /matts\_filho

 /mattosfilhoadvogados

 /mattosfilho

[www.mattosfilho.com.br](http://www.mattosfilho.com.br)

 O portal de notícias  
do Mattos Filho

 acesse o portal

 ouça nosso *podcast*