

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

JOÃO JOSÉ TURRI BRUFATTO

Defesa da concorrência econômica e social: análise dos objetivos concorrenciais no mercado  
de compras *online* pelo Brasil e pela África do Sul

Ribeirão Preto – SP

2022



JOÃO JOSÉ TURRI BRUFATTO

Defesa da concorrência econômica e social: análise dos objetivos concorrenciais no mercado de compras *online* pelo Brasil e pela África do Sul

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Ribeirão Preto – SP

2022

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial desse trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP, gerada automaticamente  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

<p><b>BB889d</b> Brufatto, João José Turri Defesa da concorrência econômica e social: análise dos objetivos concorrenciais no mercado de compras online pelo Brasil e pela África do Sul / João José Turri Brufatto; orientador Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. -- Ribeirão Preto, 2022. 165 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2022.</p> <p>1. DIREITO CONCORRENCIAL DA ÁFRICA DO SUL. 2. MERCADO DE COMPRAS ONLINE. 3. DIREITO COMPARADO. 4. ESTUDO DE CASO. 5. TEORIA CRÍTICA. I. Mendes, Guilherme Adolfo dos Santos, orient. II. Título</p>
---

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: BRUFATTO, João José Turri

Título: Defesa da concorrência econômica e social: análise dos objetivos concorrenciais no mercado de compras *online* pelo Brasil e pela África do Sul

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



## RESUMO

BRUFATTO, João José Turri. **Defesa da concorrência econômica e social**: análise dos objetivos concorrenciais no mercado de compras *online* pelo Brasil e pela África do Sul. 2022. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022.

Advindo da problemática da economia digital no direito concorrencial, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar a utilidade dos instrumentos concorrenciais pelos objetivos concorrenciais a partir do controle de concentrações das autoridades do Brasil e da África do Sul em suas jurisprudências paradigmáticas do mercado de compras *online*. Para objetivos específicos, propõem-se realizar uma revisão de literatura sobre o “estado da arte” com uma pesquisa exploratória dos temas secundários e uma pesquisa profunda do tema principal; compreender e emoldurar o mercado digital, salientando-se o mercado de compras *online*; apresentar, por meio do método comparativo, o instituto dos objetivos concorrenciais e o processo concorrencial no âmbito das autoridades administrativas do Brasil e da África do Sul; executar a leitura plena, o fichamento e a sistematização das decisões selecionadas para um estudo de caso; analisar os casos à luz do repertório teórico proposto. Para tanto, o método da pesquisa foi dividido em três facetas em vista da coleta de dados; do procedimento; e da abordagem. No método de coleta de dados, houve inicialmente uma pesquisa exploratória e depois uma pesquisa profunda, ocorrendo a fixação dos casos com base no relatório de 2019 das autoridades concorrenciais dos BRICS para a economia digital. No método de procedimento, usa-se uma microcomparação e um estudo de caso. No método de abordagem, lança-se uma análise fundamentalmente indutiva com a adição da teoria crítica como metateoria. A teoria crítica se justifica, na medida em que possibilita uma contraposição constante dos postulados das autoridades com as desigualdades sociais e econômicas. Com o instrumental da teoria crítica, almeja-se criticar as conclusões construídas pelas autoridades antitruste do Brasil e da África do Sul em face da realidade econômica e social que as cerca, além categorizar um conjunto de textos que aparentemente usam a teoria crítica como metateoria no tema do direito concorrencial. Através do trabalho executado, pôde-se elaborar a tabela síntese dos objetivos concorrenciais dentro do mercado das ideias antitruste com a qual foi possível aplicar a teoria crítica às análises de mercado relevante e de poder de mercado manejadas pelos relatórios das autoridades concorrenciais do Brasil e da África do Sul. A partir desses pressupostos, o método do direito comparado foi aplicado ao instituto dos objetivos concorrenciais desses países e o método do estudo de casos foi aplicado a 3 casos brasileiros e a 3 casos sul-africanos, ganhando espaço a teoria crítica ao fim. Em conclusão, a utilidade estudada foi inexistente apesar da competência implícita e superficial para o Brasil, tal como a utilidade é pequena apesar da competência expressa e profunda para a África do Sul na faceta dos objetivos concorrenciais sociais. Como proposta, é possível que exista uma defesa da concorrência econômica e social nas concentrações da economia digital pelo Brasil a partir do exemplo dos objetivos do direito concorrencial da África do Sul.

Palavras-chave: Direito concorrencial da África do Sul. Mercado de compras *online*. Direito comparado. Estudo de caso. Teoria crítica.





## ABSTRACT

BRUFATTO, João José Turri. **Defense of economic and social competition:** analysis of competitive objectives in the online shopping market by Brazil and by South Africa. 2022. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022.

Departing from the issue of the digital economy for competition law, this research has as main objective to analyze the usefulness of competitive instruments for competitive objectives from the control of concentrations of the authorities of Brazil and South Africa in their paradigmatic jurisprudence of electronic commerce. For specific objectives, it is proposed to carry out a literature review on the “state of the art” with an exploratory research of secondary themes and an in-depth research of the main theme; understand and frame the digital market, highlighting the electronic commerce market; present, through the comparative method, the institute of competitive objectives and the competition process within the scope of administrative authorities in Brazil and South Africa; perform the full reading, record and systematization of selected decisions for a case study; analyze the cases in light of the proposed theoretical repertoire. Therefore, the research method was divided into three facets in view of the data collection; the procedure; and the approach. In the data collection method, there was initially an exploratory research and after an in-depth research, fixing the cases based on the 2019 report of the BRICS competition authorities for digital economy. In the procedure method, a microcomparison and a case study are used. In the approach method, a fundamentally inductive analysis is launched with the addition of critical theory as meta-theory. Critical theory is justified, insofar as it allows for a constant contrast between the postulates of the authorities and social and economic inequalities. With the instrumental of critical theory, the aim is to criticize the conclusions built by the antitrust authorities of Brazil and South Africa in the face of the social and economic reality that surrounds them, in addition to categorizing a set of texts that apparently use critical theory as a meta-theory on the theme of competition law. Through the work performed, it was possible to prepare the summary table of the competitive objectives within the market of antitrust ideas with which it was possible to apply the critical theory to the analyzes of the relevant market and market power managed by the reports of the competition authorities of Brazil and South Africa. Based on these assumptions, the comparative law method was applied to the institute of the competitive objectives of these countries and the case study method was applied to 3 Brazilian cases and to 3 South African cases, gaining space for critical theory at the end. In conclusion, the utility studied was non-existent despite the implicit and superficial competence for Brazil, just as the utility is small despite the expressed and deep competence for South Africa in the facet of social competition objectives. As a proposal, it is possible that there is a defense of economic and social competition in the concentrations of the digital economy in Brazil based on the example of the objectives of competition law in South Africa.

Keywords: South African competition law. Electronic commerce. Comparative law. Case study. Critical theory.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>AC</b>	Atos de Concentração
<b>ACC</b>	Acordo em Controle de Concentrações
<b>CADE</b>	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
<b>DEE</b>	Departamento de Estudos Econômicos
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b>OCDE</b>	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
<b>Procade</b>	Procuradoria Federal Especializada
<b>RiCade</b>	Regimento Interno do Cade
<b>SBDC</b>	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
<b>Seprac</b>	Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
<b>SG</b>	Superintendência
<b>Geral</b>	
<b>TADE</b>	Tribunal Administrativo de Defesa Econômica
<b>TCC</b>	Termo de Compromisso de Cessação de Condutas
<b>CC</b>	Competition Commission
<b>CORTE</b>	Competition Court
<b>CAC</b>	Competition Appeal Court



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1 METODOLOGIA</b> .....	27
1.1. Método de Coleta de Dados.....	28
1.2 Método de Procedimento.....	36
1.3 Método de Abordagem .....	40
1.4 Síntese da Metodologia.....	41
<b>2 HISTÓRIA (MERCADO) DAS PRINCIPAIS IDEIAS ANTITRUSTE</b> .....	43
2.1 Escola de Harvard (Momentos Pré-Chicago e Pós-Chicago) .....	45
2.2 Escola de Chicago .....	48
2.3 Escola Ordoliberal ou de Freiburg.....	56
2.4 Escola Austríaca.....	59
2.5 Abordagens Pós-Chicago (Nova Economia Institucional e Teoria dos Jogos).....	62
2.6 Movimento Neo-Brandeisiano .....	64
2.7 Abordagem Brasileira .....	68
2.8 Teoria Crítica – Um Novo Referencial .....	73
2.9 Tabela com a Síntese dos Objetivos Concorrenciais .....	79
<b>3 MOLDURA DOS MERCADOS DIGITAIS</b> .....	80
3.1 Moldura do Mercado (ou mercados) de Compras <i>Online</i> .....	88
3.1.1 Mercado relevante e poder de mercado nos mercados de compras <i>online</i> .....	93
3.2 Aplicação da Teoria Crítica .....	101
<b>4 INSTITUTO DOS OBJETIVOS CONCORRENCIAIS NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES DO BRASIL E DA ÁFRICA DO SUL</b> .....	103
4.1 Direito Concorrencial Material e Processual .....	106
4.2 Objeto de Comparação: Objetivos Concorrenciais .....	111
4.2.1 Objetivos concorrenciais da África do Sul.....	111
4.2.2 Objetivos concorrenciais do Brasil .....	115
4.2.3 Um olhar a mais para a inovação .....	118
4.3 Características e Funções nos Respective Ordenamentos Jurídicos .....	121
4.4 O Exame das Diferenças e Pontos Comuns.....	123
4.5 Críticas ao Objeto Estudado e Propostas .....	125
<b>5 ESTUDO DE CASO DAS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS BRASILEIRAS E SUL-AFRICANAS</b> .....	131
5.1 Relatórios das Decisões das Autoridades Concorrenciais Brasileiras e Sul- Africanas.....	131

<b>5.2 Casos Sul-Africanos</b> .....	131
<b>5.2.1 caso sul-africano Takealot and Kalahari</b> .....	131
<b>5.2.2 Caso sul-africano MIH and Autotrader</b> .....	132
<b>5.2.3 Caso sul-africano MIH eCommerce And We Buy Cars</b> .....	133
<b>5.3 Casos Brasileiros</b> .....	135
<b>5.3.1 Caso brasileiro PedidosJá e iFood</b> .....	135
<b>5.3.2 Caso brasileiro Magazine Luiza e NS2</b> .....	137
<b>5.3.3 Caso brasileiro Bom Negócio e Zap Viva Real Group</b> .....	139
<b>5.3 Sistematização dos Relatórios (Tabelas dos Casos Brasileiros e Sul-Africanos)</b> ..	140
<b>5.4 Análise Crítica dos Relatórios dos Casos</b> .....	143
<b>CONCLUSÃO</b> .....	146
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	150

## INTRODUÇÃO

Intrigantemente, as redes sociais *online* podem solucionar um dos dilemas naturais dos seres humanos, o dilema do porco-espinho. Leandro Karnal, ao estudar sob perspectiva histórica a felicidade, lê o ser humano através dos pontos negativos e positivos para se viver em solidão ou em sociedade (2018). Tais como porcos-espinhos que se juntam para se aquecer, mas correm o risco de se ferir com os espinhos alheios, o ser humano vive entre aproveitar sua privacidade ou a vida entre pares (KARNAL, 2018).

Dobrando a aposta de Karnal para o mundo virtual, arriscamo-nos em dizer que os mercados digitais em geral podem servir para remediar esse dilema ao oferecer mais praticidade (ou liquidez) às diversas necessidades humanas, a exemplo da necessidade de compra e venda suprida pelo mercado do *e-commerce* ou comércio eletrônico<sup>1</sup>. Isso não necessariamente é negativo embora haja ilusão ou sedução de “produtos previamente selecionados para que gostemos deles” conforme ensina Karnal (2018, p. 48).

Nesta economia digital, é curioso notar que as grandes empresas do comércio eletrônico surgem ou se destacam após a consolidação da cultura da praticidade e liquidez trazidas pela internet e por suas gigantes de tecnologia mais antigas, como Google, Microsoft e Facebook. Assim, são consequências de um fenômeno prévio, caracterizado pela otimização de contatos e trocas e pelo fortalecimento de empresas como *gatekeepers* e controladoras de informação (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 59). Em palavras simples, dificilmente o comércio eletrônico teria se desenvolvido em uma sociedade *offline* não conectada pelos cabos da rede mundial de longa distância, conhecida como internet.

*A priori*, os mercados digitais são conceituados a partir das potencialidades elevadas com que usam plataformas virtuais, bem como capturam, tratam ou utilizam dados<sup>2</sup>, para o

---

<sup>1</sup> Em sentido oposto no que a busca pela felicidade, Karnal reflete: “até mesmo os padrões de consumo e a pretensa liberdade de escolher o que consumir on-line podem ser escrutinados sob esse mesmo crivo. Todo mundo que teve menos escolha (e menos liberdade para escolher) do que as possibilidades que existem hoje têm a tendência de indicar que era mais feliz com menos e, ainda, que era mais feliz do que as crianças atuais, por exemplo. O desejo do consumo existe em todos os grupos sociais, mesmo que nem todos possam atendê-lo. Zygmunt Bauman chega a sugerir que as lojas fossem denominadas de farmácias, porque oferecem remédios para os variados males. Está triste? Compre! Está eufórico? Compre! Está com tédio? Compre!” (KARNAL, 2018, p. 53).

<sup>2</sup> Desde já, é importante ter em mente do que se trata o *big data* e qual conceito dele é utilizado nesta pesquisa. Considera-se ativo coisa tangível ou intangível com valor para a instituição, destacando-se aqui os dados. Com isso, o *big data*, conceituado como um enorme conjunto de dados digitais analisados ao final de um ciclo (de captura, de tratamento e de aplicação), pode ser observado como fonte de uma vantagem competitiva, ao mesmo tempo em que é uma barreira de entrada (BAGNOLI, 2019, p. 46-52). Os dados consistem, num nível básico, em simples informações, como localização, linguagem, resultados, números, cliques, datas e tempo de pesquisas; e, num nível avançado, em complexas informações sobre preferências de pesquisa pelo histórico de usuário ou sobre dados de outros serviços, como mapas, vídeos, e-mails, discussões em grupos, imagens (ZINGALES,

oferecimento de produtos ou serviços nos mercados. Devido a este grande potencial, tais mercados são qualificados como disruptivos, tornando ultrapassados produtos ou mercados anteriores ou mesmo inviabilizando o nascimento de outros mercados. Isso se reflete em novos produtos e até em novos mercados.

Aos mercados digitais são atribuídas características positivas, como “conectividade, diminuição de custos de transação, preços baixos, inovação em modelos de negócios e produtos, aumento da produtividade via melhor utilização de recursos escassos, crescimento econômico” (DEE, 2020, p. 35), entre outras. De outro lado, no Brasil pode-se verificar como desafios<sup>3</sup> ao controle de concentrações: a) fuga dos critérios de concorrência com apenas análises de preço; b) controle prévio de operação abaixo das medidas de faturamento da LDC; c) definição do mercado relevante; d) análises prospectivas do mercado; e e) definições de efeitos positivos e negativos e de remédios adequados (ROCHA, 2019, p. 111).

Tudo isto é identificável em vista de uma maior concentração econômica que ocorre principalmente na modalidade vertical ou de conglomerado nos mercados digitais. Sob esse prisma, ressalta-se, como observado em estudo comparativo, que “o direito da concorrência se torna parte de um processo de evolução das economias de mercado e precisa ser ajustado de tempos em tempos de acordo com as novas realidades dos mercados”<sup>4</sup> (WEI, 2014, p. 37, tradução nossa).

No controle de concentrações do direito concorrencial, estes problemas exigem análises sofisticadas sobre questões antigas com uma nova roupagem e sobre outras inteiramente novas, como a) interoperabilidade, b) *multi-homing*, c) o papel dos dados, d) preço zero ou negativo, e) inovação, f) presunções acerca de fusões não-horizontais benignas; g) perdas marginais de competição; e h) alternativas para as eficiências prometidas (DEE, 2020, p. 119).

Numa visão macroscópica, verifica-se que o tamanho das corporações atualmente se dá por serem fontes de inovação tecnológica, como a Apple, ou ainda por serem frutos de dependência por setores tradicionais, como a Saudi Arabian Oil. Pelos níveis de capitalização

---

2019, p. 95). Entretanto, os dados não podem ser tratados como um mercado próprio devido à consideração de serem mais um insumo do que um produto.

<sup>3</sup> Seus problemas concretos seriam problemas atribuídos aos mercados digitais, aplicáveis ao mercado digital de compras online, como i) contratos ilícitos ou prejudiciais a outros negócios dependentes; ii) instrumentos reputacionais, de manipulação ou de controle para prejudicar concorrentes ou consumidores; e iii) aquisições ou estratégias exclusionárias (DEE, 2020, p. 38; 99-129).

<sup>4</sup> “Competition law becomes a part of a process of the evolution of the market economies and needs to be adjusted from time to time according to the new markets realities” (WEI, 2014, p. 37).



de mercado ou valor de mercado (*market capitalization*)<sup>5</sup>, o índice da Corporate Information com dados de 2021 indica como as 10 maiores empresas ou companhias, com seus respectivos valores em milhões de dólares estadunidenses: 1) Apple Inc, \$2.442.708; 2) Microsoft Corporation, \$2.115.171; 3) Saudi Arabian Oil Co, \$1.859.778; 4) Amazon.com, Inc., \$1.801.110; 5) Alphabet Inc, \$1.704.176; 6) Facebook Incorporation, \$969.236; 7) Tencent Holdings Limited, \$696.628; 8) Berkshire Hathaway Inc., \$637.115; 9) Tesla Inc, \$620.384; 10) Alibaba Group Holding Ltd, \$584.947 (TOP 100 LISTS, 2021).

Vive-se uma realidade em que o crescimento das *Big Techs* é notável e seu poder econômico pode ser sentido em termos de receita e de números de empregados. Nesses aspectos, o ranking Fortune 500<sup>6</sup> em 2020 constatou para o setor de tecnologia com números de receita em bilhões de dólares estadunidenses e de trabalhadores respectivamente: 1) Apple, \$260.174, 137.000; 2) Samsung Electronics, \$197.705, 287.439; 3) Foxconn, \$178.869, 757.404; 4) Alphabet, \$161.857, 118.899; 5) Microsoft, \$125.843, 144.000; 6) Huawei, \$124.316, 194.000; 7) Dell Technologies, \$92.154, 165.000; 8) Hitachi, \$80.639, 301.056; 9) IBM, \$77.147, 383.800; 10) Sony, \$75.972, 111.700 (GLOBAL 500, 2020b).

A economia digital das últimas décadas desafia os objetivos e paradigmas da Escola de Chicago da década de 60 devido a sua disrupção decorrente do uso intenso de dados em plataformas digitais, dinâmica que questiona medidas de concorrência com base em preço e dificulta o controle de concentrações de maneira tardia. Numa ótica ampla, “a força do poder econômico vai ditando as regras, sujeitando os consumidores e empresas de pequeno porte, além de comprometer nossa privacidade e a própria democracia” (FORGIONI, 2020, p. 185). Esses desafios podem impactar fortemente a realidade política de um país caso admitamos que poder econômico e poder político se retroalimentam constantemente (DOMINGUES; GABAN, 2019a)<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Este é o valor de uma empresa de capital aberto ou em bolsa se todas suas ações ou partes fossem vendidas, isto é, aquele que se aproxima do valor total de venda de todas as partes de uma empresa no mercado de capitais.

<sup>6</sup> Não existe índice isento de críticas. No caso de Fortune 500, existe uma restrição na concepção das *big techs*, eis que a Amazon não está nesta lista das empresas de tecnologia, mas figura numa lista dedicada ao setor do comércio de varejo (*retailing*) com uma receita de \$280.522 bilhões de dólares estadunidenses e com 1.298.000 empregados, atrás apenas da Walmart nela (GLOBAL 500, 2020a).

<sup>7</sup> Vale destacar que “[...] a lei Antitruste mostra-se como via por excelência voltada a preservar o processo competitivo nos mercados, apta a coibir abusos e limitar a concentração excessiva de poder econômico, já que esta última, invariavelmente, resultará em interferências no poder político e distorções no regular processo democrático – como demonstra a história” (DOMINGUES; GABAN, 2019b, p. 128). Essa visão, especialmente no que tange à neutralidade na preservação da concorrência que ilumina as democracias, ganha força em Wu, para o qual, “ao fornecer controles sobre o monopólio e limitar a concentração privada do poder econômico, a lei antitruste pode manter e apoiar uma estrutura econômica diferente da que temos agora. Pode dar aos humanos uma chance de lutar contra as corporações e libertar o processo político de um governo invisível. Mas virar o navio, como fizeram os líderes da era progressiva, exigirá uma aguda sensibilidade aos perigos do caminho atual, as crescentes ameaças à ordem constitucional e o potencial de reconstruir uma nação que realmente vive à altura

Nesse sentido político e social, “Big tech é onipresente, parece saber muito sobre nós e parece ter muito poder sobre o que vemos, ouvimos, fazemos e até sentimos”<sup>8</sup> (WU, 2018b, p. 21, tradução nossa). No aspecto social ainda, os mercados digitais são em alguma medida uma ameaça para trabalhadores em vista da automação iminente de metade das atividades laborais, preocupante situação em que Brasil e África do Sul se inserem<sup>9</sup> (CHUI; MANYIKA; MIREMADI, 2017). No aspecto político igualmente, como o domínio econômico de poucas empresas ganha contornos políticos nos mercados digitais, investiga-se atualmente uma regulação em que o poder de mercado seja usado em vista do interesse público sem prejudicar a economia de escala, a economia de escopo e outras eficiências (AZEVEDO; WEYL, 2016 p. 1057).

Na doutrina do direito antitruste<sup>10</sup> no Brasil, comumente se debate acerca do embate entre antitruste estadunidense e antitruste europeu, isto é, de um direito concorrencial com menor intervenção e regulação ou outro com maior intervenção e regulação (FORGIONI, 2020; GABAN; DOMINGUE, 2016). Contudo, não existiria uma terceira ou mesmo quarta opção? Os únicos modelos jurídicos dos quais o Brasil poderia tirar inspirações seriam estes dois, exaustivamente debatidos na doutrina brasileira? Sem retirar a importância destas duas raízes do direito antitruste brasileiro, cujas ramificações dão frutos até os dias de hoje, faz sentido buscar uma nova visão no direito concorrencial sul-africano. Afinal, pouco poderíamos agregar às pesquisas realizadas para a comparação do direito concorrencial brasileiro com o

---

de seus maiores ideais” (WU, 2018b, p. 139, tradução nossa). “By providing checks on monopoly and limiting private concentration of economic power, the antitrust law can maintain and support a different economic structure than the one we have now. It can give humans a fighting chance against corporations, and free the political process from invisible government. But to turn the ship, as the leaders of the Progressive era did, will require an acute sensitivity to the dangers of the current path, the growing threats to the Constitutional order, and the potential of rebuilding a nation that actually lives up to its greatest ideals” (WU, 2018b, p. 139).

<sup>8</sup> “Big tech is ubiquitous, seems to know too much about us, and seems to have too much power over what we see, hear, do, and even feel” (WU, 2018b, p. 21).

<sup>9</sup> Em termo de comparação entre Brasil e África do Sul acerca do potencial de automação das atividades laborais, o artigo traz uma tabela fruto de uma pesquisa da McKinsey Global Institute, na qual o primeiro país tem o índice de 50.1% e o segundo tem de 41.0% (CHUI; MANYIKA; MIREMADI, 2017). Em estudo anterior, é dito que estes índices seriam alcançados em 2055 com uma margem de erro de 20 anos para mais ou para menos (MANYIKA et al., 2017). O fenômeno do *technological unemployment* é estudado pelo menos desde 1930 em John Keynes (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021 p. 49-50). Este fenômeno tem seus efeitos alterados conforme o paradigma tecnológico da sociedade: desta vez, trabalhadores não qualificados foram vítimas da automação. A Revolução da TI reforçou esse fenômeno. Isso levou ao desenvolvimento de uma literatura significativa na década de 1990 baseada na noção de 'mudança tecnológica com viés de qualificação', segundo a qual o progresso tecnológico aumenta a demanda por mão de obra qualificada em oposição à mão de obra não qualificada” (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021 p. 50, tradução nossa). “This time around, unskilled workers were the victims of automation. The IT Revolution reinforced this phenomenon. This led to the development of a significant body of literature in the 1990s based on the notion of ‘skill-biased technological change’, according to which technological progress increases the demand for skilled labor as opposed to unskilled labor” (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021 p. 50).

<sup>10</sup> Neste trabalho os termos Direito Antitruste e Direito Concorrencial serão utilizados como sinônimos.

estadunidense e o europeu, porém a comparação com o sul-africano encontra um solo fértil e ainda pouco semeado.

Existem algumas semelhanças sociais e econômicas entre Brasil e África do sul no que toca à desigualdade de renda e ao racismo. Essas duas facetas das realidades brasileiras e sul-africanas podem ser reflexos de um desenvolvimento econômico ruim<sup>11</sup>. Essas semelhanças justificam nosso estudo comparativo.

A princípio, o Brasil está na posição 84<sup>a</sup> no IDH<sup>12</sup> de 2020, enquanto a África do Sul está na posição 114<sup>a</sup> (UNDP, 2020a). O Índice de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas conta nas atuais edições com uma diversidade de variáveis e espectros de análise, escolhendo-se aqui a desigualdade de renda em virtude de hipótese de pesquisa acerca da

---

<sup>11</sup> Aproximando as trajetórias institucionais dos órgãos de concorrência da África do Sul com outros países, a exemplo do Brasil, nota-se que Brasil e África do Sul guardam pontos comuns em seu desenvolvimento econômico: “a África do Sul, como muitos outros países, também vem de uma história de amplo envolvimento e proteção econômica do Estado, seguida de ampla liberalização na década de 1990. Ao mesmo tempo, o país enfrenta desafios de desenvolvimento econômico e a necessidade de lidar com altos níveis de pobreza e desigualdade. Outras economias emergentes enfrentaram tais desafios e há uma diversidade de abordagens para o desenvolvimento de regimes de concorrência que tende a ser ignorada pelos modelos de melhores práticas que foram promovidos” (MAKHAYA; MKWANANZI; ROBERTSP, 2012, 44, tradução nossa). “South Africa, as with many other countries, has also come from a history of extensive state economic involvement and protection, followed by wide-ranging liberalisation in the 1990s. At the same time, the country is grappling with economic development challenges and the need to address high levels of poverty and inequality. Other emerging economies have faced such challenges and there is a diversity of approaches to developing competition regimes which tends to be ignored by the best practice models that have been promoted” (MAKHAYA; MKWANANZI; ROBERTSP, 2012, 44). Aprofundando-se no desenvolvimento econômico da África do Sul: “Por que, então, a política de concorrência na África do Sul não desempenhou o papel mais amplo que se esperava dela, alterando o caminho de desenvolvimento da economia ao minar o poder de mercado das empresas dominantes? Em primeiro lugar, a lei da concorrência e o regime institucional na África do Sul refletiam a disputa de ideias e interesses, e previa processos judiciais demorados contra titulares de bons recursos. Em segundo lugar, a expectativa baseava-se em um mal-entendido da natureza da concorrência e dos mercados que viam os acordos anticompetitivos como aberrações, em vez de entender o poder de mercado como uma característica intrínseca. A lei e a política de concorrência podem ser parte da disciplina do poder das grandes corporações, mas precisam ter uma visão dinâmica, e não estática, e estar vinculadas a outras políticas. Terceiro, precisa reconhecer um papel ativo contínuo para o Estado. Isso inclui abordar os obstáculos à entrada, como o financiamento necessário e as externalidades que existem por meio de políticas industriais complementares” (MAKHAYAA; ROBERTS, 2013, 567, tradução nossa). “Why then has competition policy in South Africa not played the larger role expected of it, in altering the development path of the economy by undermining the market power of the dominant firms? First, the competition law and institutional regime in South Africa reflected the contest of ideas and interests, and provided for lengthy legal proceedings against well-resourced incumbents. Second, the expectation was based on a misunderstanding of the nature of competition and markets which viewed anti-competitive arrangements as aberrations rather than understanding market power as an intrinsic feature. Competition law and policy can be part of disciplining the power of large corporations, but needs to take a dynamic rather than static view, and to be linked with other policies. Third, it needs to acknowledge a continued active role for the state. This includes addressing obstacles to entry such as the finance needed and the externalities that exist through complementary industrial policies” (MAKHAYAA; ROBERTS, 2013, 567).

<sup>12</sup> “Definição: Um índice composto que mede o desempenho médio em três dimensões básicas do desenvolvimento humano - uma vida longa e saudável, conhecimento e um padrão de vida decente. Consulte a nota técnica 1 em [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2018\\_technical\\_notes.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2018_technical_notes.pdf) for details on how the HDI is calculated” (UNDP, 2020a, tradução nossa). “Definition: A composite index measuring average achievement in three basic dimensions of human development—a long and healthy life, knowledge and a decent standard of living. See Technical note 1 at [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2018\\_technical\\_notes.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2018_technical_notes.pdf) for details on how the HDI is calculated” (UNDP, 2020a).

relação diretamente proporcional entre concentração econômica e desigualdade de renda<sup>13</sup>. Nestes termos, o Brasil apresenta o índice de Gini para desigualdade de renda<sup>14</sup> de 53.9, figurando como o oitavo mais desigual; e a África do Sul apresenta o índice de 63.0, figurando como o primeiro mais desigual da lista de 2020 (UNDP, 2020b). É natural pressupor que a população de baixa renda sofre em maior medida com condutas anticompetitivas geradoras de produtos ou serviços piores, preços maiores, entre outras violações. Então, como os regimes concorrenciais desses dois países estariam combatendo essas realidades?

Na África do Sul de 2020, numa população com 58.9 milhões de habitantes, 62% tinham acesso à internet em 2020, do que advêm as 103.5 milhões de conexões (a internet) por celulares (CC, 2020a, p. 5). A título de comparação, no Brasil de 2020, 71% da população tinha conexão com a internet de uma população de 211.8 milhões de habitantes, sendo que ocorreram 205.8 milhões de conexões (a internet) por celulares (CC, 2020a, p. 5).

Com estes dados, percebe-se que estas pessoas, consumidoras naturais do comércio eletrônico, apresentam um grande potencial de lucros para as empresas deste ramo comercial. Os lucros serão ainda maiores devido ao crescimento notado da penetração da internet de 6% do Brasil e de 3.1% da África do Sul em 2020 (CC, 2020a, p. 5), o que certamente foi exacerbado pela pandemia da COVID-19 no restante de 2020 e em 2021. Essa conclusão é ainda adequada ao Brasil, uma vez que seu mercado de compras *online* possui denso crescimento em termos de número de vendas, faturamentos e clientes, conforme relatórios periódicos da Ebit/Nielsen<sup>15</sup>.

Além de tudo, torna-se inquietante a constatação da *Competition Commission* da África do Sul de que existe um toque diferencial no mercado digital do *e-commerce* pelo domínio da Takealot, parte do gigante grupo econômico Naspers, no país (CC, 2020a, p. 4). Afinal, se já são preocupantes as concentrações do comércio eletrônico verificadas pelo caso Amazon (KHAN, 2017), a preocupação das autoridades concorrenciais da África do Sul parece se dar num específico contexto em que o terreno para competição é dado como infértil.

---

<sup>13</sup> Essa hipótese é testada e confirmada a partir de diversos estudos condensados no livro de Piketty (2014) com uma visão mais ampla e no artigo de Baker (2015) com uma visão mais restrita ao antitruste.

<sup>14</sup> “Definição: Medida do desvio da distribuição de renda entre indivíduos ou famílias dentro de um país a partir de uma distribuição perfeitamente igual. Um valor de 0 representa igualdade absoluta, um valor de 100 desigualdade absoluta” (UNDP, 2020b, tradução nossa). “Definition: Measure of the deviation of the distribution of income among individuals or households within a country from a perfectly equal distribution. A value of 0 represents absolute equality, a value of 100 absolute inequality” (UNDP, 2020b).

<sup>15</sup> No último relatório realizado, o *digital commerce*, que se refere às vendas de *Marketplace* e às vendas online de empresa a consumidor diretamente, apresenta um crescimento no faturamento de 20% de 2016 a 2017 e 18% de 2017 a 2018, sendo que, no primeiro semestre de 2019, as vendas online obtiveram um crescimento de 12% e os pedidos levaram um crescimento de 20% em relação ao mesmo semestre do ano anterior (EBIT/NIELSEN, 2019).

Fora a suspeita de cima, é possível elencar outra hipótese de que desigualdade de renda e racismo sejam fenômenos sociais e econômicos interconectados<sup>16</sup>. A partir dela, países com históricos de discriminação racial, como Brasil e África do Sul, tendem a possuir pirâmides sociais com uma maior população negra na base. Em termos concretos, estudo do Ipea para o Brasil atualizado em 2021, acerca da desigualdade racial no Brasil nas três últimas décadas, aponta que

impávida, a renda média dos brancos persiste sendo o dobro da renda dos negros. Somente em 2014, quando a renda média dos brancos chegou a US\$ 24 por dia, a renda média dos negros ultrapassou o mínimo histórico dos brancos, de US\$ 12 em 1992. Na maior parte do tempo, a pior renda média dos brancos esteve acima da melhor média dos negros. Apenas em quatro anos, 2015, 2016, 2018 e 2019, a maior renda média dos negros ultrapassou a menor média dos brancos, sem, contudo, chegar aos US\$ 13 diários (IPEA, 2021, p. 23-24).

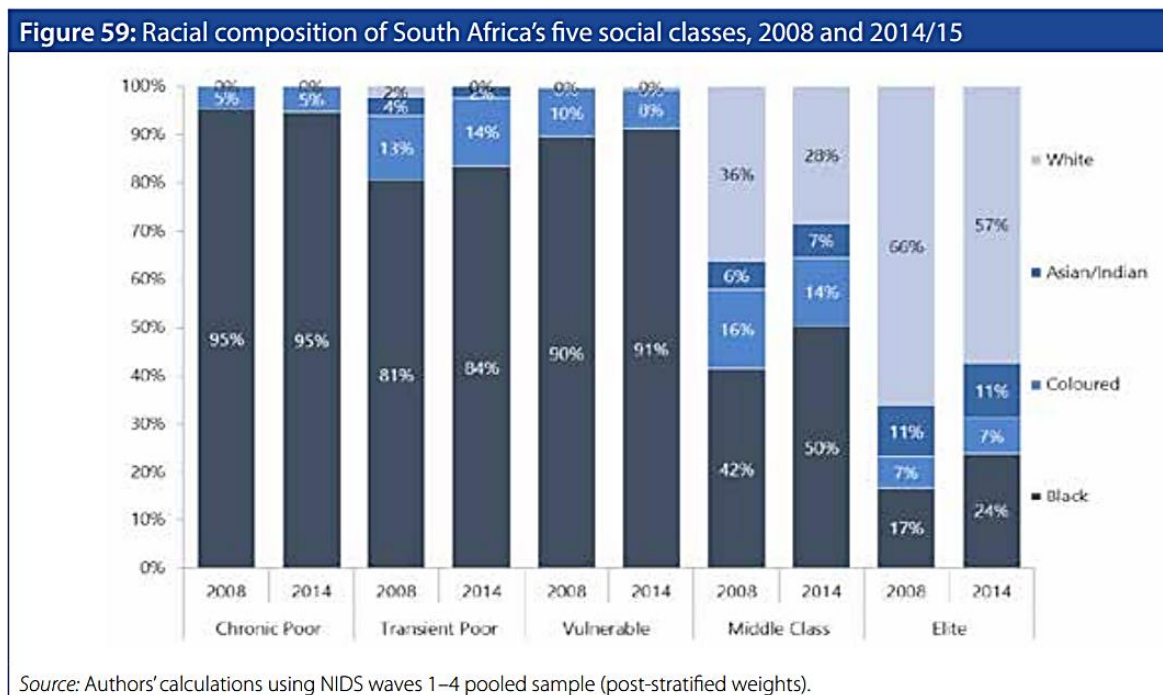
No outro lado do atlântico, apesar dos efeitos do *apartheid* na sociedade sul-africana, houve redução da desigualdade interracial com o aumento da desigualdade intraracial principalmente na população negra no início do século XXI (NATTRASS; SEEKINGS, 2001). Ainda assim, a África do Sul ganhou destaque como um dos países mais desiguais do mundo em termos de oportunidade e de consumo recentemente (WB, 2018). A partir de dados da NIDS<sup>17</sup>, formulou-se o seguinte gráfico da desigualdade social com enfoque racial, demonstrando a permanência dela:

---

<sup>16</sup> Essa hipótese já foi testada em outros estudos, sendo um deles recente e didático o estudo do Ipea (2021) com uma pergunta sobre a estabilidade da desigualdade racial de renda no Brasil nas três últimas décadas a partir de diversas pesquisas empíricas, por exemplo do IBGE e do seu Pnad para postos de trabalhos formais e informais. Ele conclui: “desigualdades racial e de renda são faces da mesma moeda, e não é possível vencer uma sem atacar a outra. A valorização da negritude e as políticas para a população negra, dissociadas do combate às desigualdades socioeconômicas e regionais que afetam a todos, não levarão a grandes reduções da desigualdade racial em poucas décadas. A inércia provocada pelo regime de baixa mobilidade de renda, per se, garantiria a transmissão da desigualdade racial, ainda que amenizada, por muitas gerações. No campo das políticas públicas, da mesma forma que se avançou na constatação da necessidade de programas e ações de combate ao racismo e à discriminação, é preciso avançar no entendimento de que todas as iniciativas que contribuem para a redução da desigualdade de renda constituem políticas para a população negra e para a superação da desigualdade racial” (IPEA, 2021, p. 24). Stiglitz já havia conectado essas duas facetas da realidade em seu livro acerca do arrefecimento da democracia por conta do poder econômico: “JUSTIÇA RACIAL e justiça econômica estão inextricavelmente ligadas. Se reduzirmos as desigualdades em geral, se garantirmos que as famílias na base possam dar a seus filhos as mesmas oportunidades que as famílias no topo, poderemos avançar no aprimoramento da justiça racial, econômica e social e na criação de uma economia dinâmica” (STIGLITZ, 2019, p. 191, tradução nossa). “RACIAL JUSTICE and economic justice are inextricably linked. If we reduce inequalities overall, if we ensure that families at the bottom can give their children the same opportunities as families at the top, then we will be able to make strides in enhancing racial, economic, and social justice, and in creating a more dynamic economy” (STIGLITZ, 2019, p. 191).

<sup>17</sup> NIDS é uma pesquisa para dados plurianuais que visa a reunir informações sobre famílias na África do Sul, criada pela University of Cape Town School of Economics.

Gráfico 1 – Composição da população negra e branca nas cinco classes sociais da África do Sul



Fonte: WB (2018, p. 39).

Embora estas semelhanças sejam razões que já nos instigam a estudar comparativamente Brasil e África do Sul, as diferenças podem também servir para justificar a comparação feita, na medida em que as diferenças são também critérios básicos para a metodologia do direito comparado.

Além disso, a teoria crítica, cujo instrumental metodológico auxilia a atual pesquisa como se trabalhará a seguir, é alimentada pelas diferenças, isto é, pelas distintas formas de conhecimentos as quais traduzem as linguagens de outras culturas (SANTOS, 1999, p. 206). Afinal, parafraseando Cortella, pode-se entender que o Oceano Atlântico separa Brasil e África do Sul ou que, melhor, o Oceano Atlântico une Brasil e África do Sul<sup>18</sup> (COEN; KARNAL; CORTELLA; BARROS FILHO, 2021).

<sup>18</sup> É curioso lembrar que o Brasil e a África formavam um só supercontinente, o Gondwana. De um modo infeliz, depois da separação física, semelhanças sociais e econômicas futuras acabaram conectando as duas terras novamente (GIOVANINI, 2022).

Segundo a clássica teoria da intervenção estatal no domínio econômico, o Estado pode intervir direta ou indiretamente na economia<sup>19</sup> com uma regulação macro-jurídica para uma dada política econômica estatal (GRAU, 1981, p. 39). Na modalidade direta atua por absorção quando atua com a exclusão de agente privados ou por participação quando atua em igualdade de condições com agentes privados (GRAU, 2006, p. 147). Já na modalidade indireta, atua com indução (positiva) ou direção (negativa) através de fomento ou de coerção respectivamente (GRAU, 2006, p. 147). A disciplina do mercado pelo direito concorrencial se enquadra na modalidade indireta, vez que se desenvolve “sobre o domínio econômico, com o escopo de regular o processo de produção” (FORGIONI, 2020, p. 83). Em outras palavras, “dentre as técnicas de organização dos mercados colocam-se as normas destinadas a regular a concorrência entre os agentes econômicos e o abuso do poder econômico” (FORGIONI, 2020, p. 83).

Esta intervenção indireta também pode ser institucionalizada como agência reguladora em sentido amplo, na qual “qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta” (DI PIETRO, 2014, p. 540). Daí decorre o enquadramento do CADE em regulador da matéria concorrencial<sup>20</sup>, isto é, como agência reguladora em sentido lato, bem como da *Competition Commission* e do *Competition Tribunal* da África do Sul.

Numa comparação sistemática com a legislação concorrencial do Brasil, a África do Sul apresenta uma legislação concorrencial atípica<sup>21</sup>, eis que esta expressamente se optou por um processo concorrencial instrumentalmente voltado a muitos interesses de ordem econômica e social. Sendo em algumas teorias difícil distinguir a natureza econômica da social nos objetivos concorrenciais, é manifesto que aquele país teve a vontade de constituir uma

---

<sup>19</sup> Essa classificação é ressalvada pelo próprio Eros Grau quando admiti que não haverá de fato uma intervenção quando se tratar da esfera do público, a exemplo de serviços públicos, mas uma atuação estatal sem intervencionismo em área de outrem: Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público (GRAU, 2006, p. 91-92).

<sup>20</sup> Apesar dos poderes técnico-normativos para regular, controlar e fiscalizar atividades econômicas destas autoridades concorrenciais, dificilmente seria aplicável a lei brasileira nº 13.848/2019, a qual dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras no Brasil. Afinal, o CADE não consta no rol de agência reguladoras constantes no art. 2º desta lei embora possua natureza de autarquia especial e tenha autonomia em grande medida.

<sup>21</sup> No entendimento de Forgioni, “no Brasil, os ventos do liberalismo fizeram-se sentir de forma particular e a **disciplina da atividade dos agentes econômicos no mercado**, buscando a tutela da livre-concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, assume ainda hoje **caráter bastante típico** (e que decorre, diretamente, de nossa evolução histórica), diverso dos demais ordenamentos em que habitualmente os aplicadores do direito buscam inspiração” (FORGIONI, 2020, p. 89, grifo nosso).

competência concorrencial com um variado leque de bens jurídicos tuteláveis, os quais incluem eficiência, inovação, empregabilidade, pequenos negócios, dispersão da propriedade e pessoas historicamente desfavorecidas por questões raciais<sup>22</sup>.

No principal dispositivo da legislação sul-africana para o controle de concentração, o 12A no *Competition Act* de 1998, há a competência da *Competition Commission* e do *Competition Tribunal* para considerar os efeitos de uma fusão ou aquisição sobre

(a) um determinado setor industrial ou região; (b) emprego; (c) a capacidade de pequenas e médias empresas, ou empresas controladas ou de propriedade de pessoas historicamente desfavorecidas, de entrar, participar ou expandir-se efetivamente no mercado; (d) a capacidade das indústrias nacionais de competir nos mercados internacionais; e (e) a promoção de uma maior disseminação da propriedade, em particular para aumentar os níveis de propriedade por pessoas e trabalhadores historicamente desfavorecidos em empresas no mercado”<sup>23</sup> (SOUTH AFRICA, 2021, tradução nossa).

Voltando ao nosso lado do atlântico, o dispositivo congênere da legislação brasileira, art. 88, § 6º complementar à proibição do § 5º para certas concentrações econômicas lesivas à concorrência, da Lei nº 12.529/11, dispõe que:

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

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

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

Maximizando nossa visão, Schumpeter (1961, p. 81-86), no seu livro com a hipótese/tese da autodestruição do capitalismo e de suas características históricas, sintetiza

<sup>22</sup> Como resume Campbell e Rowley (2011, p. 318-319, tradução nossa) ao longo de um artigo com toques de direito comparado, “os regimes de controle de concentrações adotaram abordagens divergentes para essa questão: alguns não reconhecem nenhuma eficiência; o reconhecimento total das eficiências é raro; e a maioria usa alguma forma de abordagem de bem-estar do consumidor exigindo efetivamente que as eficiências só contem se repassadas aos consumidores (ou se resultarem em não se esperar que os preços subam, o que na prática é aproximadamente o equivalente). [...] As leis de monopolização e dominância tendem a não abordar explicitamente as eficiências. Portanto, coube às agências de concorrência e tribunais desenvolver doutrinas, como “desempenho competitivo superior” e “justificativa comercial legítima”, para mitigar a omissão”. “Merger control regimes have taken divergent approaches to this issue: some do not recognize efficiencies at all; full recognition of efficiencies is rare; and most use some form of consumer welfare approach by effectively requiring that efficiencies only count if passed through to customers (or if they would result in prices not being expected to rise, which in practice is roughly the equivalent). [...] Monopolization and dominance laws have tended not to address efficiencies explicitly. It has therefore fallen to competition agencies and courts to develop doctrines, such as “superior competitive performance” and “legitimate business justification,” to mitigate the omission” (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 318-319).

<sup>23</sup> “(a) a particular industrial sector or region; (b) employment; (c) the ability of small and medium businesses, or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to effectively enter into, participate in or expand within the market; (d) the ability of national industries to compete in international markets; and; (e) the promotion of a greater spread of ownership, in particular to increase the levels of ownership by historically disadvantaged persons and workers in firms in the Market (SOUTH AFRICA, 2021).



alguns dados para dizer que o capitalismo tende a encerrar a pobreza salvo casos patológicos, bem como tende a alcançar a “satisfação das necessidades da vida”<sup>24</sup>.

No capítulo do processo da destruição criadora do capitalismo, esse processo permanente, pauta-se pela constante oposição entre preço e qualidade de produto nas prateleiras. Estas duas variáveis em constante embate servem para fundamentar a inviabilidade de uma concorrência perfeita e a transformação diuturna do capitalismo (SCHUMPETER, 1961, p. 104-111). A inviabilidade da concorrência perfeita decorre do incentivo natural a inovação, a qual resulta em produtos com qualidades únicas e conseqüentemente preços supracompetitivos. Assim, os impactos destrutivos de novos produtos e até de novos mercados geram no capitalismo uma natural destruição criadora numa perspectiva de Schumpeter (1961).

Em outra perspectiva, a inovação atende as demandas consumeristas ao mesmo tempo em que cria novas demandas de sorte a conferir uma inimaginável prosperidade a sociedades nos últimos duzentos anos conforme recente estudo com o título de *The Power of Creative Destruction: Economic Upheaval and the Wealth of Nations*<sup>25</sup> (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. viii).

Podemos pensar que as autoridades concorrenciais existem para evitar que o capitalismo se destrua totalmente no seu processo de destruição criadora ou que pelo menos preserve algumas bases mínimas em sua autofagia. Nesse aspecto, as autoridades concorrenciais determinam a concorrência nos mercados através de verdadeiras políticas públicas, isto é, atividades de alto cunho político e com impactos diretos nos governados em sentido lato. Por isto, o direito da concorrência pode ser um instrumento de políticas (FORGIONI, 2020), deixando superada a visão de um mero instrumento de eficiências ou do

---

<sup>24</sup> Isso é entendido através de mercadorias de consumo: “se examinarmos essas avalanches de bens de consumo, verificaremos que todas elas consistem de artigos de consumo em massa e aumentam mais do que qualquer outra coisa o poder aquisitivo do trabalhador assalariado, ou, em outras palavras, que o processo capitalista eleva progressivamente, não por coincidência, mas em virtude do seu próprio mecanismo, o padrão de vida das massas” (SCHUMPETER, 1961, p. 87). Além disso, não entra, na diminuição da pobreza, a diminuição do desemprego (mal não eliminável pela evolução do capitalismo), pois este problema deveria contar com provimentos razoáveis das necessidades dos desempregados pelo Estado sem prejudicar o desenvolvimento econômico (SCHUMPETER, 1961, p. 88-91).

<sup>25</sup> No livro em questão, os autores objetivam compreender como as transformações do capitalismo podem resultar em mais prosperidade sustentável e inclusiva através de quatro perguntas principais: “como podemos direcionar a destruição criadora para um crescimento mais verde e equitativo? Como podemos impedir que os inovadores de ontem usem seus lucros para bloquear novas inovações? Como podemos minimizar os efeitos potencialmente negativos da destruição criadora no emprego, na saúde e na felicidade? Quais são as forças – empresas, governos, constituições, sociedade civil – que nos permitem conduzir a destruição criadora na direção que desejamos?” (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. viii, tradução nossa). “How can we direct creative destruction toward greener and more equitable growth? How can we prevent yesterday’s innovators from using their rents to block new innovation? How can we minimize the potentially negative effects of creative destruction on employment, health, and happiness? What are the forces — firms, governments, constitutions, civil society — that enable us to steer creative destruction in the direction we desire?” (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. viii).

bem-estar do consumidor (visão *single-pointed*) consoante aponta Frazão (2015, 2020g). Para tanto, estas autoridades devem atender às normas jurídicas postas cujo papel central é definir os objetivos perseguidos por suas políticas antitruste para a definição do que é concorrência (quais são os critérios de competitividade visados).

Estes objetivos concorrenciais podem ser menos ou mais amplos, atingindo inclusive bens jurídicos que num primeiro olhar estariam longe das matérias tipicamente concorrenciais. É notório que se encontre divergências sobre quais objetivos integrariam tipicamente as matérias concorrenciais e quais não. Entretanto, é fato que a África do Sul adotou um amplo leque de bens jurídicos em sua legislação concorrencial. Com isso, fica difícil distinguir as fronteiras exatas daquilo que seria concorrencial propriamente dito de outras matérias de interesse público. Nas palavras de Ng acerca da separação entre direito concorrencial e regulação para um estudo de direito comparado com a China, isso fica claro com a seguinte explicação:

[...] essa distinção entre regulamentação e direito da concorrência está diminuindo à medida que mais leis de concorrência incorporam elementos que estão associados à regulamentação, como aplicação administrativa, aplicação *ex ante* com uma abordagem voltada para o futuro, regras prescritivas, remédios quase regulatórios e objetivos que vão além da proteção da concorrência e da melhora do bem-estar do consumidor. As autoridades da concorrência também estão, em geral, a assumir um papel mais ativo na promoção da concorrência e do bem-estar dos consumidores e na definição dos mercados e da conduta empresarial <sup>26</sup> (NG, 2019, p. 1425, tradução nossa).

Posta esta indefinição, a saída mais fácil é a legislativa através de opções políticas feitas pelo Estado<sup>27</sup>, como por meio de uma regulação responsiva<sup>28</sup>. Na seara dos mercados

<sup>26</sup> “[...] this distinction between regulation and competition law is diminishing as more competition laws incorporate elements that are associated with regulation, such as administrative enforcement, *ex ante* enforcement with a forward-looking approach, prescriptive rules, quasi-regulatory remedies and objectives beyond protecting competition and enhancing consumer welfare. Competition authorities are also generally taking a more active role in promoting competition and consumer welfare and shaping markets and business conduct” (NG, 2019, p. 1425).

<sup>27</sup> Não se pode descartar o caráter político destas escolhas mesmo que consideradas suas razões econômicas e sociais. Na África do Sul, a regulação das grandes empresas tinha como pressuposto a discriminação em favor da população branca: “in the case of the South African economy, it developed under apartheid with limited market competition, extensive government intervention and explicit exclusion of the majority of the population from participation in the economy outside of narrowly prescribed areas. The apartheid regime coordinated an industrialising economy including making investments in economic infrastructure, largely to serve mining interests and energy (which Fine and Rustomjee 1996, have termed the minerals–energy complex) and the white population” (MAKHAYA; ROBERTS, 2013, p. 556-557). Nesse ínterim, o Competition Act de 1998 da África do Sul advém de uma crescente discussão desde o final do *apartheid* no início da década de 90 acerca de diminuir a natureza concentrada da economia sul-africana (MAKHAYA; ROBERTS, 2013).

<sup>28</sup> Um exemplo atual de regulação e direito concorrencial são fenômenos jurídicos imbricado foi a institucionalização da Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (Fiarc), vinculada à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae) dentro do Ministério da Economia. Para um aprofundamento, indica-se o artigo “A Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial: projeto de indução exógena de regulação responsiva ou fonte de conflito interinstitucional?” (ROQUETE, 2022).

digitais, muito se tem investigado a respeito de uma revisão dos parâmetros, paradigmas ou objetivos concorrenciais<sup>29</sup> (FORGIONI, 2020; DOMINGUES; GABAN, 2019a; FRAZÃO; SANTOS, 2020). Em palavras cirúrgicas para a economia digital, questiona-se o papel do direito antitruste em função da liberdade econômica e da democracia nos mercados digitais (FRAZÃO, 2020f).

Feito este introito, qual é a utilidade dos instrumentos concorrenciais do Brasil e da África do Sul pelos objetivos concorrenciais aplicados no controle de concentrações no mercado de compras *online*?

Inicialmente, nossa hipótese é que os instrumentos concorrenciais não atendem na sua aplicação os objetivos concorrenciais destes ordenamentos jurídicos ou que há no mínimo uma insuficiência destes instrumentos na sua aplicação em face dos objetivos concorrenciais. Esta hipótese decorreria dos relatórios para os mercados digitais de ambas as autoridades concorrenciais<sup>30</sup> (CC, 2020, p. 24; DEE, 2020, p. 5).

Em vista do objetivo geral, a pesquisa foi dividida em 5 seções: 1) metodologia; 2) história (mercado) das principais ideias antitruste; 3) moldura dos mercados digitais; 4) instituto dos objetivos concorrenciais no controle de concentrações do Brasil e da África do Sul; 5) estudo de caso das autoridades concorrenciais brasileiras e sul-africanas.

A primeira seção serve para expor o nosso método de pesquisa, demonstrando os instrumentos científicos usados pelo pesquisador com o intuito de conferir validade à presente dissertação. Nela, segmenta-se a metodologia em três fases: 1) método de coleta de dados para os textos teóricos e casos selecionados; 2) método de procedimento para o direito comparado e para o estudo de caso utilizados; e 3) método de abordagem para a análise e o enfoque concluídos. Ressalta-se que a presente dissertação conta com o método da teoria crítica a fim de complementar os métodos utilizados anteriormente de modo a se questionar os postulados fixados pelas autoridades concorrenciais perante a realidade social e econômica do Brasil e da África do Sul.

---

<sup>29</sup> Essa intensa investigação se dá, em grande medida, diante daquilo que Stiglitz (2019) denomina de Era do Descontentamento, a partir da qual existem muitos descontentamentos sociais e econômicos devido à inflação, à renda mediana baixa, a empregos integrais cada vez mais raros, e à desigualdade de renda.

<sup>30</sup> Na África do Sul, a *Competition Commission* “reconhece que os mercados da economia digital apresentam novos desafios para detectar, avaliar e remediar condutas e transações anticoncorrenciais” (CC, 2020, p. 55, tradução nossa). “Recognizes that markets in the digital economy present novel challenges in detecting, assessing and remedying anticompetitive conduct and transactions” (CC, 2020, p. 55). No Brasil, evidenciando o traço das políticas públicas na aplicação do direito concorrencial brasileiro, o DEE, ao se referir aos problemas de natureza concorrencial nos mercados digitais, concluiu: “esta certamente é uma área em que políticas públicas encontram-se em constante mudança. Isso justifica a elaboração deste trabalho e dos diversos esforços desta autarquia para manter sua atualização técnica e científica frente aos desafios trazidos pela economia digital” (DEE, 2020, p. 134).

A segunda seção visou à síntese das principais escolas, movimentos, abordagens ou ondas mais relevantes no que toca ao controle de concentrações ou preventivo do direito concorrencial. Ao fim, formulou-se uma tabela com a síntese dos objetivos concorrenciais, a qual auxilia o desenvolvimento e a compreensão das próximas seções.

A terceira seção foi dedicada à pintura da moldura do mercado ou mercados digitais com foco no mercado de compras *online*. Ainda que com cores turvas, os postulados das autoridades concorrenciais do Brasil e África do Sul ajudaram na fixação do mercado relevante e do poder de mercado com os quais elas se deparam quando controlam suas fusões e aquisições. Nesta seção, a teoria crítica pôde nos oferecer algumas formulações críticas acerca das previsões normativas dos objetivos concorrenciais, já que os objetivos concorrenciais podem ser notados em alguma medida desde a investigação pelo mercado relevante e pelo poder de mercado nas decisões dessas autoridades.

A quarta seção inicia a verificação da utilidade dos instrumentos concorrenciais na jurisprudência da África do Sul e do Brasil em face do instituto de seus objetivos concorrenciais, aplicando o método do direito comparado ao instituto dos objetivos concorrenciais perseguidos. Por este método, conferimos as semelhanças e diferenças deste instituto em ambas as legislações concorrenciais, o que nos permitiu classificar seus objetivos concorrenciais ao longo da tabela síntese do final da segunda seção. Somado às lentes da teoria crítica, concluiu-se que as autoridades concorrenciais sul-africanas estão melhor amparadas para enfrentar as desigualdades de renda e racial de sua sociedade.

A quinta seção termina a verificação da utilidade de cima na jurisprudência da África do Sul e do Brasil em face do instituto de seus objetivos concorrenciais, aplicando o método do estudo de caso para 4 casos destacados do relatório dos BRICS para a economia digital (2019) e para 2 casos escolhidos pelo pesquisador de dentro da jurisprudência concorrencial brasileira para complementar as análises feitas a partir do relatório do BRICS citado. Desse modo, buscamos nos casos o atendimento aos objetivos ou escopos legais previstos expressa ou implicitamente a vista de provas utilizadas para se cumprir ou não os objetivos concorrenciais e trazer utilidade ou proveito aos bens jurídicos tutelados no direito antitruste. Assim, o intuito foi investigar a real diferença da lei nos livros com a lei nos julgamentos, sendo o método da teoria crítica usado ainda para verificação se a realidade social e econômica do país é levada em consideração.

Ao final, propõe-se que os objetivos concorrências podem ser perseguidos através de critérios de competitividade econômicos e sociais de modo a capacitar as autoridades concorrenciais para julgarem os reais efeitos do poder econômico no controle de concentrações.

## 1 METODOLOGIA

A metodologia da presente pesquisa foi construída com base em nossa pergunta acerca da utilidade<sup>31</sup> dos instrumentos concorrenciais<sup>32</sup> do Brasil e da África do Sul para o controle de concentrações no mercado de compras *online*. Essa utilidade é auferida a partir do cumprimento do escopo das legislações concorrenciais que regem suas competências. Portanto, o instituto em análise é o objetivo concorrencial (ou conjunto de objetivos) perseguido pelas autoridades concorrenciais desses países quando controlam fusões e aquisições no mercado de compras *online*.

De modo umbilical, a utilidade destes instrumentos concorrenciais passa pela compreensão do poder econômico no controle de concentrações. Em vista desta compreensão almejada, desenhou-se um estudo do seu controle realizado pelas autoridades concorrenciais do Brasil e da África do Sul a partir da aplicação do controle de concentrações no mercado de compras *online*. O desenho se constituiu de três fases metodológicas<sup>33</sup>: 1) método de coleta de dados; 2) método de procedimento; e 3) método de abordagem.

Frisa-se que, a partir de nosso desenho da metodologia, a utilidade dos instrumentos concorrenciais será mensurada com base nas motivações (ou ausência delas) nas decisões das autoridades concorrenciais brasileiras e sul-africanas em seus controles de concentrações. Em outras palavras, essa utilidade será analisada através das lentes dos aplicadores do direito concorrencial ao compreender o poder econômico no mercado de compras *online*<sup>34</sup>. Para esta análise, exige-se uma pesquisa exploratória<sup>35</sup> de como a aplicação do instituto do controle de

---

<sup>31</sup> Conceitua-se utilidade a partir do atendimento aos objetivos ou escopos legais previstos expressa ou implicitamente. Todavia não se trata de um juízo de mera adequação, pois se tentará também verificar as provas ou o lastro probatório utilizado para se cumprir ou não os objetivos concorrenciais e desse modo trazer utilidade ou proveitos aos bens jurídicos tutelados no direito concorrencial.

<sup>32</sup> Já os instrumentos concorrenciais são normativamente os dispositivos das legislações concorrenciais que regulam materialmente o controle de concentrações, ou seja, regulam suas proibições e suas permissões.

<sup>33</sup> Essas fases encontram sua inspiração na obra para elaboração de material didático de Lakatos (1992).

<sup>34</sup> Como ficará mais claro nas subseções seguintes, nossas variáveis de pesquisa (GIL, 2002, p. 24) são as decisões dessas autoridades concorrenciais, ou seja, as decisões são as variáveis testáveis desta pesquisa. Isso significa dizer que, tendo em vista esses casos, será avaliada a utilidade dos instrumentos concorrenciais adotados a partir da compreensão do poder econômico no mercado de compras *online* neles. A aplicação do instituto do controle de concentrações é a situação objeto de estudo, o que implica a adoção de métodos mais qualitativos, a exemplo do direito comparado e do estudo de caso. As decisões podem ainda ser enquadradas como variáveis de pesquisa, porque as autoridades concorrenciais têm influência direta no poder econômico julgado, ou seja, são fatores que movem ou afetam o poder econômico e conseqüentemente sua compreensão, nosso objeto de pesquisa.

<sup>35</sup> Segundo Gil em trabalho para elaborar matéria didático (2002, p. 41), pesquisas exploratórias focam na exploração do problema ou fato estudados, sendo flexíveis e permitindo perspectivas mais teóricas ou mais empíricas. Como se perceberá ao longo do capítulo da metodologia, a presente pesquisa possui em sua fundação raízes teóricas decorrentes do direito comparado e raízes empíricas decorrentes do estudo de caso.

concentrações compreende a aquisição, o exercício e o abuso do poder econômico na jurisprudência paradigmática<sup>36</sup> estudada do mercado de compras *online*.

### 1.1. Método de Coleta de Dados

Para técnica de pesquisa de coleta de dados, a pesquisa se valerá dos casos paradigmáticos expostos e analisados pelas autoridades concorrenciais dos Brics no seu primeiro relatório em conjunto de 2019 (jurisprudência<sup>37</sup> paradigmática) a fim de realizar uma análise desses casos do Brasil e da África do Sul no mercado de compras *online*. O interesse por este mercado específico dentro da economia digital decorre, por um lado, da sua importância econômica<sup>38</sup>; e, por outro lado, dos casos Ifood e Takealot, o primeiro brasileiro e o segundo sul-africano<sup>39</sup>.

Ainda dentro da coleta de dados, previamente à análise dos casos, foi necessário realizar uma revisão bibliográfica do estado da arte a fim de expor trabalhos e análises pesquisados sobre o tema e o problema. Ao estado da arte, agrega-se a teoria crítica por um recorte do marco teórico de Frankfurt, composto por Horkheimer e Adorno principalmente, a fim de ampliar os horizontes do estudo em mãos conforme demonstrado ao final desta subseção.

O relatório dos Brics é um tipo de fonte secundária que será acompanhado da análise das suas fontes primárias, os casos, o que não impedirá o pesquisador de se valer de outras fontes primárias e secundárias. Esclarece-se ainda que a qualidade de paradigma oferecida a esses casos decorre de serem casos que suas próprias autoridades concorrenciais escolheram como mais significativos das controvérsias e das dificuldades na economia digital em seus respectivos países. Assim, garante-se validade<sup>40</sup> e fidedignidade dos instrumentos

---

<sup>36</sup> O caráter de paradigma é explicado no início da próxima subseção.

<sup>37</sup> Jurisprudência deve ser considerada toda e qualquer decisão estatal (ou conjunto de decisões mais tecnicamente) proferida por meio de um processo, cujas garantias e direitos previstos na constituição e nas leis são exigidos num Estado de direito. Não é necessário que esta decisão seja definitiva, eis que qualquer processo no âmbito do Estado de direito deve assegurar algumas garantias mínimas por se tratar de uma expressão de sua jurisdição, isto é, da capacidade decorrente da soberania para se dizer o direito, sendo que essas garantias moldam todo processo estatal para uma decisão segundo o direito aplicável.

<sup>38</sup> Esta importância foi apresentada e debatida na introdução desta dissertação

<sup>39</sup> Esses casos são abordados no capítulo terceiro da presente dissertação e compõem o estudo de caso no capítulo quinto.

<sup>40</sup> A validade científica de uma pesquisa qualitativa é garantida quando o método se demonstra adequado aos objetivos propostos. Nos termos mais técnicos de Richardson (2012, p. 94), “a reflexão não é um meio de demonstrar a validade da pesquisa para uma audiência, mas uma estratégia pessoal pela qual o pesquisador pode administrar a oscilação analítica entre a observação e a teoria que considera válida”.

concorrenciais analisados, reduzindo a complexidade da escolha de casos por parte dos pesquisadores<sup>41</sup>.

Na revisão bibliográfica para o repertório teórico de bases nacionais, dividiu-se em dois planos de trabalho para se obter artigos, obras de referência, teses, dissertações e anais de encontros científicos: Currículo Lattes e Portal de Periódicos CAPES/MEC.

Primeiramente na plataforma do Currículo Lattes, foram feitas pesquisas de palavras-chave para doutores com nacionalidade brasileira ou Estrangeira que tiveram resultados 0 com as seguinte frases exatas isoladamente: “concorrência da África do sul”; “concorrencial da África do Sul”; “concorrência na África do sul”; “concorrencial na África do sul”; “competição da África do sul”; “competição na Africa do sul”; “antitruste na África do sul”; “antitruste da África do sul”; “antitrust na África do sul”; “antitrust da África do sul”; “concorrência sul-africano”; “concorrência sul-africana”; “concorrencial sul-africano”; “competição sul-africana”; “competição sul-africano”; “competitividade sul-africana”; “competitividade na Africa do sul”; “antitruste sul-africano”; “antitrust sul-africano”; “South Africa's antitruste”; “South Africa's antitrust”; “South Africa antitruste”; “South Africa antitrust”; “South Africa's Competition”; “South Africa Competition”; “South African Competition”; “South African antitruste”; “South African antitrust”. Por fim, destaca-se que a pesquisa para a frase exata “competitividade da Africa do sul” gerou 1 resultado nas mesmas condições anteriores, que foi separado para leitura.

Diante desta ausência de produção teórica específica na plataforma de Currículos Lattes, procedeu-se com quatro buscas a seguir explicadas para os currículos na plataforma do Lattes.

Na primeira houve 336 resultados, com a frase exata “África do Sul” e qualquer dos termos “concorrência”, “concorrencial”, “antitruste”, “antitruste”, “concentração”, “concentrações”, “competição”, “competitividade” e “competition” para doutores com nacionalidade brasileira ou estrangeira.

Na segunda houve 193 resultados, com a frase exata “South Africa” e qualquer dos termos “concorrência”, “concorrencial”, “antitruste”, “antitruste”, “concentração”, “concentrações”, “competição”, “competitividade” e “competition” nas mesmas condições anteriores.

Na terceira houve 22 resultados, com a frase exata “sul-africano” e qualquer dos termos “concorrência”, “concorrencial”, “antitruste”, “antitruste”, “concentração”,

---

<sup>41</sup> A complexidade da escolha de caso a fim de gerar resultados com qualidade na pesquisa é discutida em Gil (2002, p. 140-141).

“concentrações”, “competição”, “competitividade” e “competition” nas mesmas condições anteriores.

Na quarta houve 21 resultados, com a frase exata “sul-africana” e qualquer dos termos “concorrência”, “concorrencial”, “antitruste”, “antitruste”, “concentração”, “concentrações”, “competição”, “competitividade” e “competition” nas mesmas condições anteriores<sup>42</sup>.

Com este filtro, contactou-se uma carência em se obter textos que contivessem simultaneamente a palavra exata (África do Sul, South Africa, sul-africano ou sul-africana) pesquisada mais qualquer dos termos seguintes (concorrência, concorrencial, antitruste, *antitrust*, concentração, concentrações, competição, competitividade, *competition*). Além disso, tratava-se de muitos currículos e conseqüentemente de muitos textos para ler se parássemos com este primeiro filtro. Por isso, foi usada uma segunda filtragem que consistiu na utilização do atalho “Ctrl+F” para encontrar as palavras exatas (África do Sul, South Africa, sul-africano e sul-africana) nos currículos obtidos, somada à leitura dos títulos das obras referenciadas neles para se refinar os resultados anteriores, obtendo-se 110, 17, 4 e 5 currículos respectivamente nestas quatro buscas ou 136 resultados no total, os quais ainda assim não tratavam diretamente do problema desta pesquisa.

Numa terceira filtragem dos currículos Lattes, leram-se os resumos ou introduções dos textos expostos para reduzir o número de textos aos com conteúdo mais próximo do tema procurado a partir de uma compreensão maior acarretada por estas duas partes. Além disso, foram também retirados textos que não se relacionavam estritamente com o tema buscado num segundo olhar. Por meio disso, reduziu-se para 88 textos cujo espectro de abordagem ainda é amplo, porém um número mais factível por serem textos que tratam do tema estudado ainda que de maneira indireta.

Complementando a revisão bibliográfica pelo Lattes, também foi utilizada a ferramenta de pesquisa do Portal de Periódicos CAPES/MEC. Primeiramente, na busca por assunto avançada da plataforma, pesquisou-se é exato para “África do Sul” em qualquer somado (*AND*) a é exato para “direito da concorrência” ou para “direito concorrencial” em qualquer,

---

<sup>42</sup> É importante elencar um vício desta busca e uma série de observações. O vício é que não há de fato 572 (336 + 193 + 21 + 22) currículos na plataforma Lattes que tratam do tema buscado com as palavras-chave, pois os resultados das quatro buscas mencionadas contêm os mesmos currículos por vezes. As observações são: 1) qualquer dos termos pesquisados em conjunto (concorrência, concorrencial, antitruste, *antitrust*, concentração, concentrações, competição, competitividade e *competition*) podem conter palavras com vírgula ou sem vírgula, pois o resultado é o mesmo, sendo considerado apenas as palavras isoladas; 2) não importa pesquisar a palavra África com acento ou sem acento, pois aparecem resultados de “África” (com acento) e “Africa” (sem acento) nestes dois jeitos; 3) não importa pesquisar palavra sul-africano ou a palavra sul-africana com ou sem hífen, pois a pesquisa com “sul-africano” inclui “sul africano” sem hífen; 4) são resultados da pesquisa com palavras exatas todas as expressões contidas dentro das aspas aparentemente, como apenas “afr”.



obtendo-se 0 resultados. O mesmo resultado foi obtido ao pesquisar é exato para “sul-africano” em qualquer somado (*AND*) a é exato para “direito da concorrência” ou para “direito concorrencial” em qualquer.

Diante desta situação no Portal de Periódicos CAPES/MEC, foi necessário focar em textos de língua inglesa devido ao fato de esta ser uma língua oficial e com amplo uso na África do Sul. Na busca por assunto avançada, pesquisou-se é exato para “South Africa” em qualquer somado (*AND*) a é exato para “competition law”<sup>43</sup> em qualquer refinado com o filtro de periódicos revisados por pares, obtendo-se 482 resultados. A partir destes resultados, lançou-se uso da própria barra de pesquisa deste portal para os filtrar pelos seus respectivos resumos e títulos em vista do tema da presente pesquisa, o que resultou em 77 textos.

Já na revisão bibliográfica para o repertório teórico de bases internacionais, focou-se em dois planos de trabalho na plataforma do HeinOnline, na Online - Library of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of Munich e na De Rebus a vista de artigos e livros principalmente, feitas as mesmas considerações e ressalvas da revisão para bases nacionais.

No que tange às ferramentas do HeinOnline, obtiveram-se 555 resultados ao se procurar os termos em inglês do direito da concorrência do Brasil e da África do Sul com o método do direito comparado da seguinte forma em todos os campos e em todas as bases de dados: “competition law” “South Africa” *AND* “competition law” “brazil” *AND* “comparative law” em *All Databases*. Destes 555 resultados, chegou-se a 47 textos a partir da leitura dos títulos e resumos das obras com enfoque em textos que tratem diretamente do tema em estudo.

Já na Online - Library of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of Munich, obtiveram-se 19 textos ao se procurar por ‘competition law’ e ‘South Africa’ em todos os campos e em qualquer ordem.

Gillian de Gouveia, a *Communication Officer* do *Competition Tribunal* da África do Sul em 07/06/2021, após diversos envios de e-mails deste pesquisador para o referido tribunal e para a *Competition Commission*<sup>44</sup> remeteu-nos ao site do tribunal ([www.comptrib.co.za](http://www.comptrib.co.za)) para conseguir as decisões estudadas. Além disso, ela referenciou as seguintes fontes para o acesso a “relatórios do direito concorrencial sul-africano” (talvez de modo excessivamente vago): Juta (editora), LexisNexis (editora/pesquisadora/jornal), e De Rebus (jornal/relatórios de

<sup>43</sup> Optou-se por “competition” e não “antitrust”, pois aquele termo reflete melhor a ideia buscada, bem como pelo fato de se notar um maior uso daquele termo nas leituras prévias a esta pesquisa para o direito concorrencial sul-africano.

<sup>44</sup> Foram enviados e-mail para outros professores, pesquisadores e operadores do direito concorrencial sul-africano, mas sem resposta até o depósito da presente dissertação.

precedentes). Como a única provedora gratuita de texto foi a terceira citada<sup>45</sup>, apenas buscamos textos para a pesquisa bibliográfica nela. Assim, com os termos ‘competition law’ e ‘digital’ em qualquer ordem, chegou-se em 20 resultados dentro dos quais são citados diversos outros textos válidos para a pesquisa atual.

Ao utilizar como termos, no Currículos Lattes, no Portal de Periódicos CAPES/MEC, no HeinOnline, no Online - Library of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of Munich e na De Rebus, “África do sul”, “sul-africano”, “sul-africana”, “South Africa” com “concorrência”, “concorrencial”, “antitruste”, “antitruste”, “concentração”, “concentrações”, “competição”, “competitividade” e “competition”; os resultados abarcam o direito concorrencial brasileiro em textos de pesquisadores da África do Sul, o direito concorrencial sul-africano e estudos de direito comparado dos dois países.

O estudo de direito comparado do instituto do controle de concentração a vista dos casos paradigmáticos nestes dois países é o núcleo desta pesquisa e, em decorrência, teve-se mais cuidado com a revisão bibliográfica para o tema do direito concorrencial sul-africano e das comparações entre o direito concorrencial brasileiro e sul-africano. Portanto, nesta primeira faceta da pesquisa, a revisão bibliográfica foi profunda.

Na segunda faceta temática relevante para nossa pesquisa da revisão bibliográfica do tema do direito concorrencial brasileiro isolado e das escolas, movimentos e abordagens de direito antitruste, usou-se o método bola de neve mais os textos científicos notórios pelo número de citações encontrados (técnica do espelhamento) a partir das referências do próprio pesquisador. A faceta temática do direito concorrencial brasileiro também constituiu base da

---

<sup>45</sup> Na seção “Sobre” em seu website temos: “De Rebus é o jornal dos advogados sul-africanos, que é publicado mensalmente – 11 vezes por ano – pela Law Society of South Africa (LSSA). A LSSA é composta pelos seguintes membros constituintes: Black Lawyers Association, the National Association of Democratic Lawyers e associações de advogados provinciais. A LSSA representa a profissão dos advogados em nível nacional. De Rebus circula entre os advogados, candidatos a advogados, magistrados, promotores, juízes e vários assinantes interessados na fraternidade jurídica. Seu objetivo é ser um observador independente e questionador da profissão de advogado. Seu conteúdo editorial é autorizado, franco e às vezes controverso. Ele se esforça para apresentar uma visão abrangente dos desenvolvimentos na profissão de advogado. Acima de tudo, seu objetivo principal é ser uma ferramenta educacional para a profissão e ser usada para fins de pesquisa confirmando sua longevidade nas mãos de seu leitor. Como o De Rebus é um periódico, significa que os leitores o referenciam mais de uma vez para fins de pesquisa” (DE REBUS, 2021, tradução nossa). “De Rebus is the South African attorneys’ journal, which is published monthly – 11 times a year – by the Law Society of South Africa (LSSA). The LSSA is made up of the following constituent members: The Black Lawyers Association, the National Association of Democratic Lawyers and provincial attorneys’ associations. The LSSA represents the attorneys’ profession on a national basis. De Rebus circulates to legal practitioners, candidate legal practitioners, magistrates, prosecutors, judges and a number of subscribers who are interested in the legal fraternity. Its goal is to be an independent and questioning observer of the legal profession. Its editorial content is authoritative, frank and sometimes contentious. It strives to present a comprehensive overview of developments in the legal profession. Above all else, its main goal is to be an educational tool for the profession and to be used for research purposes confirming its longevity in the hands of its reader. Because De Rebus is a journal, it means that readers refer to it more than once for research purposes” (DE REBUS, 2021).

formação do presente orientando na graduação e na pós-graduação, o que ajudou na compreensão do seu estado da arte *a priori*. Dessa forma, o caráter desta segunda faceta ficou exploratório.

A terceira faceta temática relevante para nossa pesquisa é a dos mercados digitais, especialmente do mercado de compras *online*. Devido à atualidade deste tema e à existência de problemas próprios ainda pouco respondidos, optou-se novamente pelo método bola de neve mais os textos científicos notórios pelo número de citações encontrados (técnica do espelhamento) para os conceitos de mercados digitais e mercado de compras *online*, tomando por base os textos publicados pelas próprias autoridades concorrenciais brasileira e sul-africana. Dessa maneira, o caráter desta terceira faceta ficou exploratório.

Aliada a esta fixação prévia do repertório teórico, recorreu-se à teoria crítica devido às dificuldades<sup>46</sup> de analisar além da realidade<sup>47</sup> (SANTOS, 1999). Essa dificuldade existe diante de uma suposição prévia de insatisfação com as concentrações econômicas existentes atualmente<sup>48</sup> (Apple, Amazon, Microsoft, Google, Facebook entre outras). Assim, faz-se a pergunta se os objetivos concorrenciais propostos pelas escolas, movimentos e bandeiras do antitruste, quando adotados pelas autoridades concorrenciais observando seus respectivos ordenamentos jurídicos, seriam adequados às suas realidades contemporâneas.

À exemplo do que executou recentemente a teoria dos mercados radicais de Posner e Weyl (2018), objetiva-se pela teoria crítica o empoderamento de atores sociais, como os consumidores, trabalhadores, usuários e pequenos negócios. Num primeiro momento, a teoria crítica será útil para a escolha dos textos e marcos teóricos relevantes para a pesquisa, em função de referenciais teóricos permeados pela teoria crítica como metateoria. Eis o primeiro papel da teoria crítica no primeiro e no segundo capítulos desta pesquisa, localizando seu marco teórico para o direito concorrencial no próximo capítulo. Então, no quarto e quinto capítulo, a teoria crítica servirá como metateoria posteriormente para uma eventual crítica a postulados teóricos e práticos das autoridades concorrenciais em casos concretos<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Pontuam-se desde já estas dificuldades: pressuposição de um conhecimento que abarcaria toda a sociedade e de um único princípio de transformação social causado por um agente (SANTOS, 1999, p. 201).

<sup>47</sup> Ressalva-se que se evitará cair numa pesquisa aprofundada ou puramente explanatória (GIL, 2002) no tema da teoria crítica.

<sup>48</sup> Diz-se que os mercados digitais estariam rapidamente se concentrando e enfraquecendo a competição (DEE, 2020, p. 14-17).

<sup>49</sup> A teoria crítica pode ser vista como um instrumental metodológico por duas razões: 1) como metateoria, por submeter leituras e objetos de pesquisa a críticas e a questionamentos não conformativos com postulados fixados pelas autoridades; ou 2) por ser técnica de pesquisa a vista da coleta de dados ou de textos (fontes primárias ou secundárias) de uma corrente de pensamento crítica, a qual será usada como contraponto teórico básico (ELIAS; MENDES, 2019). Nesta primeira subseção da metodologia, a teoria crítica é tratada por esta segunda razão, ou seja, é usada para identificar textos que aparente utilizariam algo próximo da teoria crítica como metateoria para

Em vista da contraposição entre teoria tradicional e teoria crítica, Horkheimer explica dois modelos de estudos distintos. A primeira, teoria em sentido tradicional, é pautada pela ideia de nexo de causalidade com a descoberta de condicionantes para uma situação (HORKHEIMER, 1975). A segunda, teoria crítica, é pautada pela descoberta de novos nexos ou condicionantes, precisamente em decorrência da inaplicabilidade da primeira teoria em face dos fatos (os processos sociais reais) (HORKHEIMER, 1975). Assim, a primeira teoria se demonstra lógica e prescritiva, enquanto a segunda questionadora das contradições apresentadas por representações dominantes da primeira em face de novas hipóteses de explicação da realidade.

Horkheimer (1975) neste texto desconstrói um modelo tradicional de ciência como uma sinopse de teses, na qual existe uma aproximação exagerada do dever-ser com o ser a partir de como o mundo é descrito pela teoria (e não o contrário). A teoria crítica ainda teria a virtude de diminuir as barreiras da sociedade por negar a separação entre valor e ciência, bem como entre saber e agir, eis que a ideologia permeia a sociedade e conseqüentemente o saber com sua prática (HORKHEIMER, 1975). De outro lado, a teoria crítica é dolorosa, pois sua compreensão e sua aplicação exigem revolução e independência a partir de constatações das necessidades e das misérias sociais, unindo teoria e práxis para que a teoria se torne poder real em sua proposta emancipatória (HORKHEIMER, 1975)<sup>50</sup>.

Não se quer dizer que a teoria deva ser desqualificada em face da práxis ou que o concreto prevaleça sobre o abstrato absolutamente. O poder da teoria, sobretudo a voltada à reconstrução, enquadra-se igualmente dentro da teoria crítica adotada, porque há também dominação no plano das ideias que alimenta e é alimentado pela dominação na práxis. Adorno (1969, p. 1), em seu texto exploratório sobre teoria e práxis, anota o amálgama existente entre teoria e práxis: “dever-se-ia formar uma consciência de teoria e práxis que não separasse ambas de modo que a teoria fosse impotente e a práxis arbitrária, nem destruísse a teoria mediante o primado da razão prática [...]”.

A partir de uma metodologia descritiva da pesquisa e do ensino sociais, Demo (2009) explicita a necessidade de conhecer a realidade com as transformações causadas pelas tecnologias na pesquisa e no ensino<sup>51</sup>. Nesse sentido, a teoria crítica se justifica pela realidade

---

explorar o tema objeto da presente pesquisa, os objetivos concorrenciais no controle de concentrações para o mercado de compras *online*.

<sup>50</sup> A emancipação é um termo comum na teoria crítica, pois ela parte do pressuposto de que a sociedade sempre apresenta relações de dominação.

<sup>51</sup> Isto fica evidente na necessidade da pesquisa social “saber lidar com a informática como ferramenta, e saber estudar as transformações impostas à sociedade pelas novas tecnologias” (DEMO, p. 28).

do poder econômico das *Big Techs* com base nas mesmas razões escritas por Horkheimer em 1937, as quais resumem alguns dos dilemas e algumas das contradições que guiaram a elaboração do projeto da presente pesquisa:

Com a rápida e progressiva concentração e centralização do capital, propiciadas por esse desenvolvimento, a maioria dos proprietários jurídicos foi afastada da direção das grandes empresas em formação, que absorveram suas fábricas. Com isso a direção adquiriu autonomia face ao título de propriedade jurídica. Surgem então os magnatas industriais, os comandantes da economia. Em muitos casos, os proprietários mantêm no início a maior parte da propriedade dos grupos econômicos em suas mãos. **Hoje esse detalhe deixou de ser essencial, e alguns poderosos *managers* controlam setores inteiros da indústria. Apenas um número cada vez menor deles tem propriedade jurídica sobre as fábricas que dirigem. Esse processo econômico traz consigo uma mudança da função dos aparelhos jurídico e político, e também uma mudança da função das ideologias.** Sem que a definição jurídica da propriedade tenha sido alterada, os proprietários se tornam cada vez mais impotentes diante dos diretores e seus comandos. O controle direto sobre os recursos das grandes empresas dá à direção uma tal força que seria absurdo esperar uma vitória dos proprietários na maioria dos processos que estes venham a instaurar motivados por divergências com a direção. **A influência da direção, que inicialmente se restringiu às instâncias jurídicas e administrativas mais baixas, alcança depois as mais altas instâncias, e, por fim, o Estado e a sua organização de poder** (Horkheimer, 1975, p. 157, grifo nosso).

Nesse diapasão, as relações jurídicas, observáveis no complexo emaranhado de contratos ou de integrações empresariais, escondem os interesses sociais destes grupos com poder econômico<sup>52</sup>, fato que leva a teoria crítica a encarar o direito como uma das superfícies do contexto social nos termos de Horkheimer (1975). Isso encontra respaldo na reflexão de que as normas jurídicas possuem camadas, sendo que sua superfície pode esconder algum núcleo de dominação. De outro lado, algumas pessoas forçam a sociedade a repensar suas normas jurídicas de modo que seja ampliada a dimensão da “igualdade material das chances” (HONNETH, p. 189).

Uma pesquisa com o instrumental metodológico da teoria crítica visa a diagnosticar estas patologias de dominação, muitas vezes escondidas nos núcleos das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que objetiva elucidar os potenciais práticos de emancipação<sup>53</sup> (MELO, 2014, p. 20). As descobertas destes núcleos podem indicar lutas por “redistribuição”, por

---

<sup>52</sup> É cabível ainda a constatação de Horkheimer de que “as explicações dos fenômenos sociais tornaram-se mais fáceis e, ao mesmo tempo, mais complexas. **Mais fáceis porque o econômico determina os homens de uma forma mais direta e mais consciente, e porque a força relativa de resistência e a substancialidade das esferas culturais se encontram num processo de desaparecimento.** Mais complexas porque a dinâmica econômica desenfreada degrada a maioria dos indivíduos à condição de meros instrumentos e traz constantemente, em curto espaço de tempo, novos espectros e infortúnios” (HORKHEIMER, 1975, p. 159, grifo nosso).

<sup>53</sup> Melo aprofunda ainda: “a vertente teórica conhecida como ‘teoria crítica’ – na qual também está inserida a teoria honnethiana do reconhecimento – tem a pretensão de compreender as situações sociais de desigualdade, opressão, injustiça e desrespeito de tal modo que possamos não apenas diagnosticar os fenômenos negativos em determinadas condições históricas, mas ao mesmo tempo identificar possibilidades concretas de superação prática dos problemas diagnosticados” (MELO, 2014, p. 20).

“reconhecimento” ou por “representação”, objetos centrais na teoria crítica (MELO, 2014), os quais servem à autoconfiança, ao autorrespeito e à autoestima a fim de uma pessoa “se conceber de modo irrestrito como ser autônomo e individualizado e de se identificar com seus objetivos e seus desejos” (HONNETH, 2003, p. 266). Além disso, estas lutas seriam mais visíveis aos espectadores se partíssemos de uma “fenomenologia empiricamente controlada”<sup>54</sup> (HONNETH, 2003, p. 121). Portanto, requerem-se pesquisas empíricas mais aptas a enfrentar as questões por de trás das contradições e dilemas apontados a fim de mostrar as insuficiências epistemológicas dos paradigmas e inserir o saber científico na prática social<sup>55</sup>.

Como objetivo específico através da teoria crítica na coleta de dados, nossa pesquisa buscou textos que criticassem as conclusões construídas pelos acadêmicos e operadores do direito antitruste em algumas escolas, movimentos ou abordagens. Os resultados deste objetivo específico se encontram preponderantemente no final do segundo capítulo.

## 1.2 Método de Procedimento

Como método de procedimento, utiliza-se um estudo de direito comparado do instituto do controle de concentrações no ordenamento jurídico do Brasil e da África do Sul conjuntamente a um estudo de caso da jurisprudência paradigmática desses dois países dos Brics (BRICS, 2019). Na África do Sul, os casos objeto de análise são: Takealot and Kalahari; MIH eCommerce And We Buy Cars; e MIH and Autotrader. No Brasil, o caso objeto de análise é: Rocket Internet SE (Delivery Hero) e Naspers Ventures B.V. (iFood and Spoonrocket). Explica-se novamente: trata-se de um paradigma a citada jurisprudência e desperta o interesse do pesquisador, logo que faz parte de uma relação de casos expostos pelas próprias autoridades

---

<sup>54</sup> Honneth afirma, ao contrapor seu modelo ao de Hegel calcado pelo reconhecimento recíproco entre dois sujeitos, que “uma abordagem que pretenda adaptar o modelo de Hegel como estímulo para uma teoria social de teor normativo não pode se dar por satisfeita com esse fundamento meramente especulativo; **daí ser preciso primeiramente uma reconstrução de sua tese inicial à luz de uma psicologia social empiricamente sustentada**” (HONNETH, 2003, p. 120-121). É importante pontuar que Honneth e Melo vão além da luta por autoafirmação econômica de Marx, englobando os conflitos morais nas relações íntimas de afeto, na sociedade e no direito no que tange à liberdade e à igualdade (HONNETH, 2003, p. 229-237).

<sup>55</sup> Tal como na presente pesquisa, Warat coloca as reflexões da teoria crítica como demarcação provisória e inesgotável para formular a análise da Teoria Pura do Direito de Kelsen e de suas “purificações” ou “purezas” falsas, haja vista que essas reflexões da teoria crítica “constituem as idéias metodológicas de base, a partir das quais tentarei problematizar várias das crenças que governam a produção das significações jurídicas; crenças que, por sua vez, servem de fundamento às funções míticas que tais significações desempenham” (WARAT, 1983, p. 20). Sua resposta para recusar as reduções causadas pelas “purificações” ou “purezas” do direito em Kelsen reside no princípio da heteronímia significativa, segundo o qual “o processo de produção dos sentidos das normas jurídicas envolve formas de conexão que não se apóiam exclusivamente em caracteres lógicos ou valores estruturais, mas que se baseiam no senso comum teórico dos juristas e nas condições matérias da vida social” (WARAT, 1983, p. 120).

dos BRICS em relatório para enfrentamento das problemáticas na economia digital (BRICS, 2019).

O estudo de caso se demonstra adequado tendo em vista a profundidade das matérias jurídicas debatidas no direito concorrencial. Esta profundidade escapa dos textos legislativos (normalmente superficiais) e conseqüentemente precisa ser elaborada na jurisprudência das autoridades antitruste<sup>56</sup>. Ele, um método qualitativo de pesquisa empírica, visa a novos conceitos e marcos teóricos a partir de interpretações das fontes de fenômenos jurídicos<sup>57</sup>, contribuindo para o progresso da teoria (IGREJA, 2017, p. 15). Isso ocorre, na medida em que o objeto de estudo são “situações complexas ou estritamente particulares” (RICHARDSON, 2012, p. 80). Esta complexidade está na hipótese dos mercados de compras *online*, dos quais tentamos extrair uma diferente compreensão de poder econômico por apresentarem dinâmicas novas numa primeira aproximação.

O estudo de caso possui três etapas de identificação<sup>58</sup> (do contexto ao fenômeno): o contexto (interesses da disputa jurídica em jogo); o caso propriamente dito; e a unidade de análise (fonte efetiva dos dados) (MACHADO, 2017, p. 370-377). Ao analisar a metodologia de diversos trabalhos de estudo de caso, Machado (2017) explica que o método do estudo de caso é caracterizado pelo recorte de um acontecimento específico, como os originários de processos estatais (administrativos ou judiciais), do qual se extrairá implicações ou induções.

Um destaque feito por Machado (2017) sobre os estudos de caso, que podem ser mais ou menos qualitativos, refere-se aos limites que devem ser postos pelo usuário de tal método no momento da sua adoção. Esses limites decorrem dos recursos escassos dos pesquisadores, a

---

<sup>56</sup> Em pesquisa na qual se utilizou do direito comparado como método, isso é explicado com mais técnica: “Como sabemos, terminologia jurídica complicada, estruturas jurídicas incertas e indistintas, redação pouco clara e conceitos vagos, estruturas e normas ditas de ‘borracha’ (ambíguas, equívocas) e normas (por exemplo, ordem pública), tornam necessário recorrer à jurisprudência (decisões administrativas e judiciais) como meio de interpretação e esclarecimento desses conceitos” (HYLTON; DENG, 2007, p. 2, tradução nossa). “As we know, complicated legal terminology, uncertain and indistinct legal structures, unclear wording, and vague concepts, so-called ‘rubber’ (ambiguous, equivocal) structures and norms (e.g. public order), make it necessary to resort to case law (administrative and court decisions) as a means of interpretation and clarification of these concepts” (HYLTON; DENG, 2007, p. 2). Além do mais, “como um campo teórico e doutrinariamente pesado, já passou o tempo de o direito antitruste ser submetido à análise empírica” (HYLTON; DENG, 2007, p. 2, tradução nossa). “As a theoretically and doctrinally top-heavy field, the time has long passed for antitrust law to be subjected to empirical analysis” (HYLTON; DENG, 2007, p. 2).

<sup>57</sup> Fenômeno jurídico deve ser encarado aqui com um conceito próximo de instituto jurídico e da aplicação deste instituto, visto que sua previsão e sua aplicação são dificilmente dissociadas numa pesquisa empírica.

<sup>58</sup> É apresentado um estudo de caso para a pesquisa em direito, vez que estudos de caso podem ser mais detalhados em outras pesquisas sociais, contendo mais etapas. De todo modo, é importante ter em mente que, dada a formulação do problema de pesquisa, a delimitação do caso foi etapa crucial aqui. A partir da constatação de que nosso foco está do controle do poder econômico, o contexto e eventuais extensões do caso perdem relevância em face do controle exercido pelas autoridades concorrenciais na unidade de análise, as decisões finais. Assim, pode-se dizer que o estudo de caso tem um caráter instrumental para nós, ou seja, “é desenvolvido com o propósito de auxiliar no conhecimento ou redefinição de determinado problema” (GIL, 2002, p. 139).

exemplo do tempo, devendo o usuário propor limites conforme alertado por Gil (2002, p. 54-55). Por isso, nosso foco está na unidade de análise que são aqui as decisões últimas das autoridades concorrenciais estudadas, fontes de direito em que se espera haver maior nível da técnica jurídica. Desse modo, o contexto dos casos é observado sem aprofundamento com o objetivo de mantermos o rigor metodológico<sup>59</sup>, ressaltando-se ainda que isso não leva a pesquisa para uma análise de jurisprudência<sup>60</sup>.

Ainda em vista dos limites para o rigor metodológico, o estudo de caso presente cuidará de quatro casos a princípio do relatório dos BRICS (2019), que compõem a jurisprudência paradigmática citada. Ressalva-se que outros casos já se demonstram instigantes em vista dos objetivos dessa pesquisa, apesar de estarem fora da dita jurisprudência paradigmática. Ademais, pelo caráter instrumental do estudo de caso desenvolvido aqui, a escolha dos casos não pode ser definitiva de modo absoluto (GIL, 2002, p. 139), eis que outros casos são igualmente adequados para a pesquisa.

Em decorrência disso, a pesquisa abarca outros casos que surgiram posteriormente ao citado relatório dos Brics porque se demonstraram adequados aos objetivos propostos e viável

---

<sup>59</sup> Faz-se necessário um *disclaimer* do rigor metodológico mencionado: as autoridades concorrenciais da África do Sul não responderam aos e-mails enviados pelo pesquisador com a finalidade de obter os processos estatais completos nos quais haveria em tese uma grande narrativa do caso, desde o contexto até sua decisão final. Assim, por este motivo também, restringimo-nos às unidades de análise, quais sejam, as decisões dos casos. É salutar este *disclaimer*, na medida em que, assim como observada a dificuldade na obtenção de respostas das instituições de *enforcement* em pesquisa recente acerca do direito concursal comparado, “a maioria das agências que contactamos respondeu com informações adicionais – algumas responderam em um dia, enquanto outras responderam após várias solicitações ao longo de vários anos. Sempre que possível, tentamos verificar melhor os dados fornecidos a nós pelas agências por meio de comparação com nossas fontes públicas” (BRADFORD et al., 2019, p. 425, tradução nossa). “Most of the agencies we contacted responded with additional information—some responded within a day, while others responded after several requests over multiple years. Where possible, we attempted to further verify the data provided to us by agencies through comparison to our public sources” (BRADFORD et al., 2019, p. 425). A capacidade institucional é conceituada em outra pesquisa comparatista: “a capacidade institucional refere-se à capacidade de uma organização de realizar funções básicas e é um subconjunto do conceito de capacidade mais abrangente que inclui “a elaboração e implementação de políticas e a prestação de serviços sociais e econômicos” (SMITH-HILLMAN, 2007, p. 126, tradução nossa). “Institutional capacity refers to the ability of an organisation to carry out basic functions and is a subset of the more comprehensive capacity concept which includes ‘the making and implementing policy and delivering social and economic services’ (SMITH-HILLMAN, 2007, p. 126).

<sup>60</sup> Explicando a diferença entre estudo de caso e análise de jurisprudência, Machado deixa nítido o caráter qualitativo (ou significativo) do primeiro e o caráter quantitativo (ou representativo) do segundo: “no estudo de caso, há um recorte de base, um problema concreto, um ou vários comportamentos, uma ou várias transações econômicas; ele privilegia as respostas referentes a quem, o que, e como. Na análise de jurisprudência, o recorte de base são as respostas de uma instituição que versam sobre um ou mais dispositivos legais; no caso, o recorte foram as ações de improbidade; e privilegia respostas referentes a quais, quantos, justamente em virtude do tratamento quantitativo. [...]. Enfim, o estudo de caso favorece a observação das interfaces, relações e implicações recíprocas entre as diferentes áreas do direito, enquanto a análise de jurisprudência nos traz a representatividade do conjunto de decisões disponíveis, que é tudo o que o estudo de caso não poderia fazer” (MACHADO, 2013, p. 291).



no tempo definido para esta dissertação de mestrado<sup>61</sup>, quais sejam na jurisdição brasileira, os casos OLX e Grupo ZA, e Magalu e Netshoes. Eles são complementares ao citado relatório por desenvolverem as análises do mercado relevante e do poder de mercado no mercado de compras *online*.

Ante essas considerações, serão elaborados relatórios com tabelas de cada caso para sistematização e posterior análise, afinal um estudo de caso mediante sistematizações presta-se a permitir futuras pesquisas mais objetivas consoante ensina Richardson (2012, p. 85) com sua pesquisa para elaboração de material didático.

Contudo, não se pode analisar os casos sul-africanos partindo apenas da perspectiva do direito concorrencial brasileiro. Neste sentido, faz-se necessário estudar o direito concorrencial sul-africano e, por meio do método do direito comparado, alcançar a teoria acerca do controle de concentrações em ambos os países a fim de que se tente propor alguma contribuição acadêmica<sup>62</sup>. Essa contribuição acadêmica, de acordo com o exposto no início da atual seção, restringe-se ao nosso problema da utilidade dos instrumentos concorrenciais a partir da compreensão do poder econômico no controle de concentrações das autoridades concorrenciais do Brasil e da África do Sul em suas jurisprudências paradigmáticas do mercado de compras *online*. Assim, a compreensão do poder econômicos nos casos estudados demanda a análise das diferenças e semelhanças entre os controles de concentrações do Brasil e da África do Sul.

O método de direito comparado é ainda adequado, já que explica fenômenos concretos e retira deles elementos abstratos para nossa pesquisa qualitativa<sup>63</sup>. Com esta serventia, o estudo de direito comparado é complementar ao estudo de caso: ambos se voltam para a desenvoltura de um pequeno recorte da realidade, qual seja nesta pesquisa a aplicação do controle de concentrações na jurisprudência paradigmática no mercado de compras *online* destes países, angariando concepções de um contexto maior. Em outras palavras, são complementares por se concentrarem no estudo de um fenômeno específico (a aplicação concreta de um instituto para

---

<sup>61</sup> Tendo em vista as falsidades ou vieses existentes ao se procurar por essas fontes primárias, como na escolha específica dos casos dos Brics (2019), poderá ser relevante multiplicar as frentes de enfrentamento de um problema de pesquisa, também chamadas de estratégias empíricas (CASTRO, 2017).

<sup>62</sup> Essas contribuições em geral são “formas e categorias para iluminar diferenças, rupturas e continuidades em exercícios de comparação entre o presente e o passado ou entre o nacional, o estrangeiro ou o supranacional” (CUNHA; SILVA; 2013, p. 50).

<sup>63</sup> Como ensina Lakatos, “ocupando-se da explicação dos fenômenos, o método comparativo permite analisar o dado concreto, deduzindo do mesmo os elementos constantes, abstratos e gerais. Constitui urna verdadeira “experimentação indireta”. É empregado em estudos de largo alcance (desenvolvimento da sociedade capitalista) e de setores concretos (comparação de tipos específicos de eleições), assim como para estudos qualitativos (diferentes formas de governo) e quantitativos (taxa de escolarização de países desenvolvidos e subdesenvolvidos)” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 107).

o estudo de caso e o instituto em si para o direito comparado); e, em menor medida, no estudo da realidade maior que o cerca nas facetas sociais, econômicas e jurídicas<sup>64</sup>.

O estudo de direito comparado<sup>65</sup>, nesta pesquisa que segue as propostas de Marrara (2014) em estudo didático do método de direito comparado no direito administrativo, conterà os seguintes fundamentos: 1) direito material concorrencial; 2) direito processual concorrencial; 3) objeto de comparação; 4) características e funções nos respectivos ordenamentos jurídicos; 5) contextualização sob a perspectiva macro-jurídica; 6) a comparação em sentido estrito; 7) o exame das diferenças e pontos comuns; 8) críticas ao objeto estudado e propostas.

Assim, com base numa microcomparação funcional ou finalística do instituto do controle de concentrações (FONSECA DIAS, 2021), são exploradas as semelhanças e diferença 1) da amplitude do controle de concentrações e 2) dos objetivos do controle de concentrações.

### 1.3 Método de Abordagem

Diante das técnicas de pesquisa e dos métodos de procedimento empregados, exige-se um método de abordagem precipuamente indutivo a fim de alcançar conclusões através dessa jurisprudência paradigmática com base no repertório teórico adotado. Ademais, diante da utilização da teoria crítica para a coleta de dados (fontes primárias e secundárias), a teoria crítica se faz adequada também para a análise dos dados obtidos na função de metateoria. Desse modo, indução e teoria crítica se unem a fim de responder ao problema da nossa pesquisa na jurisprudência paradigmática recortada.

A abordagem indutiva nos leva a conclusões a partir da análise dos casos concretos em vista da tensão norma-caso. A pesquisa se iniciou com o pretexto de estudar os casos no

---

<sup>64</sup>Tendo em vista que no tempo desta pesquisa seria impossível se aprofundar em todas as nuances destas facetas sociais, econômicas e jurídicas, restringimos seus ensinamentos àqueles obtidos pela pesquisa bibliográfica prévia.

<sup>65</sup> Colhendo os ensinamento de Marrara em artigo sobre o método comparativo, “há, pelo menos, cinco etapas que merecem consideração para o uso do método em debate, quais sejam: 1) a escolha dos objetos de comparação; 2) a apresentação das características e funções jurídicas de cada objeto nos respectivos ordenamentos jurídicos; 3) a contextualização de cada objeto sob a perspectiva macro-jurídica e, quando possível e necessário, sob a perspectiva extrajurídica; 4) a comparação em sentido estrito; 5) o exame das diferenças e pontos comuns encontrados ao longo da comparação e 6) a elaboração de críticas aos objetos estudados e de eventuais propostas de aperfeiçoamento dos sistemas em que eles se inserem com base nas conclusões comparativas” (MARRARA, 2014, p. 31). Ao final de nossa explicação, é importante ressaltar que esta pesquisa observou os rigores metodológico do método de direito comparado embora tenha sido restringida pelo tempo disponível à pesquisa. Para o emprego do método de direito comparado, foi necessária a leitura de texto que pelo menos tentassem empregar o mesmo método. Como nossa pesquisa não objetivava analisar o rigor metodológico de outras pesquisas de direito comparados, optamos por qualificar os estudos com emprego adequado do direito comparado como “pesquisa de direito comprado”, ao passo que os estudos sem um emprego adequado são tratados como “pesquisa comparativa”.

mercado digital de compras *online*, sendo o direito comparado auxiliar ao estudo de caso. Isso não exime o pesquisador de aplicar uma abordagem dedutiva, na medida em que a todo momento se faz relevante recorrer à teoria para avançar com as hipóteses de pesquisa<sup>66</sup>.

Já a abordagem da teoria crítica como metateoria pode imprimir questionamentos a estas análises dos casos concretos e por conseguinte às primeiras conclusões delas decorrentes. Assim, além da perspectiva competitiva dos dados nos mercados digitais, precisa-se da perspectiva competitiva de questões econômicas e sociais. Isto implica aferir e criticar os critérios/parâmetros/objetivos de competitividade usados pelas autoridades concorrenciais para tratar das questões econômicas e sociais. Com isso, conseguimos dizer se esses objetivos são úteis ou se precisam de uma calibragem a partir da compreensão de como as questões econômicas ou sociais podem conferir poder de mercado de modo que se configurem barreiras de entrada no mercado do compras *online*.

Como objetivo específico através da teoria crítica na abordagem, nossa pesquisa criticará as conclusões construídas pelas autoridades antitruste do Brasil e da África do Sul e das doutrinas deste ramo do direito em face da realidade social e econômica que as cerca.

#### **1.4 Síntese da Metodologia**

Ante o exposto, com o repertório teórico revisado, proceder-se-á a uma microcomparação e a um estudo de caso de análises fundamentalmente indutivas com enfoque qualitativo nessa jurisprudência paradigmática a vista do processo decisório empreendido pelas autoridades concorrenciais. Não haverá prejuízo ao enfoque quantitativo na sistematização dos dados que possibilitem este aspecto, como resultados dos processos estatais, partes e tipos de fundamentações. Após a análise indutiva, valer-nos-emos da análise da teoria crítica a fim de refinar a análise indutiva realizada conforme dito anteriormente.

Ressalta-se que a presente pesquisa poderá trazer um viés diferente das tradicionais ao fugir de uma comparação com a Europa ou com os EUA (modelos dominantes (*mainstream*) do direito concorrencial). Não se olvida das contribuições das autoridades antitruste da Europa

---

<sup>66</sup> Insistindo na sua hipótese da complementaridade e da não dissociabilidade das duas abordagens indutiva e dedutiva em pesquisa para elaboração de material didático, Cappi explica: “se do ponto de vista conceitual, dedução e indução correspondem a duas operações distintas, elas de fato coexistem na prática da pesquisa – isto é na realização de qualquer pesquisa – em maior ou menor medida, podendo-se falar em pesquisa prevalentemente dedutiva e pesquisa prevalentemente indutiva para designar uma proposta específica de pesquisa, globalmente considerada. Isto se deve ao movimento circular que caracteriza essencialmente a produção de conhecimento” (CAPPI, 2017, p. 396).

e dos EUA, principalmente no tocante às pesquisas teóricas e empíricas<sup>67</sup>. Entretanto, focaremos nossos esforços nas autoridades da África do Sul pela aproximação de sua realidade socioeconômica com a do Brasil, a exemplo da desigualdade de renda, bem como por compartilharem racismos nos seus passados e nos seus presentes, nos termos expostos na introdução desta pesquisa<sup>68</sup>.

Nesse sentido, são necessárias cautelas para a identificação e contextualização dos institutos jurídicos comparados nos ordenamentos jurídicos da África do Sul e do Brasil. Apesar de os países possuírem passados semelhantes no que toca à colonização e à industrialização adotados originalmente, serão estudados seus contextos jurídicos, políticos e sociais a fim de se realizar uma comparação jurídica adequada conforme defendida por Marrara (2014, p. 34-36). Por se tratar de uma pesquisa desenvolvida por um bacharel em direito em uma faculdade de direito, nosso foco estará na perspectiva macroscópica do direito ou macro-jurídica<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> É possível constatar, como faz a pesquisa de direito concorrencial internacional de Maher acerca dos diversos novos regimes antitruste dos últimos anos dos países dos BRICS, que “agora que todos os países do BRICS têm leis de concorrência, a influência dos EUA será desafiada, mais especialmente à medida que a China desenvolve seu regime de concorrência. O desafio agora é como garantir os benefícios de um direito internacional da concorrência neste campo simultaneamente diverso e convergente do direito” (MAHER, 2015, p. 568, tradução nossa). “Now that all the BRICS countries have competition laws, US influence will be challenged, more especially as China develops its competition regime. The challenge now is how to secure the benefits of an international competition law in this simultaneously diverse and converging field of law” (MAHER, 2015, p. 568).

<sup>68</sup> Uma hipótese possível é que a estrutura econômica gera a desigualdade de renda e a desigualdade racial consoante observado na introdução desta pesquisa.

<sup>69</sup> O plano consiste em valorizar “[...] o todo e não, as partes isoladamente”, ou seja, “[...] partindo se seus aspectos organizacionais gerais até atingir seus instrumentos pró-consensuais, sem descurar de problemas operacionais mais pormenorizados” (MARRARA, 2015, p. 2). Em nossa visão, Marrara propõe olhar o direito concorrencial em face de suas normas materiais e de suas normas processuais conjuntamente, o que de modo abrangente é “capaz de absorver simultaneamente organização, processo e acordos administrativos” (MARRARA, 2015, p. 14).

## 2 HISTÓRIA (MERCADO) DAS PRINCIPAIS IDEIAS ANTITRUSTE

Foi declarado no capítulo da metodologia, que nosso problema de pesquisa acerca da utilidade dos instrumentos concorrenciais passa pela compreensão do poder econômico na jurisprudência paradigmática recortada, compreensão que requisita uma pesquisa qualitativa conforme demonstrado no capítulo anterior. Rememora-se que, sendo os objetivos concorrenciais do Brasil e da África do Sul o cerne desta pesquisa, os instrumentos concorrenciais são analisados à medida que atendam aos objetivos de suas legislações concorrenciais.

Ademais, esta pesquisa qualitativa pode ser configurada como crítica por buscar a essência de um objeto. Na linha de pensamento de Richardson em sua obra para elaboração de material didático ao aproximar a metodologia qualitativa de seu conteúdo crítico, a pesquisa qualitativa crítica<sup>70</sup> deve conter o desenvolvimento histórico do fenômeno, pois revela “a natureza dinâmica da relação entre aparência e essência do fenômeno” (RICHARDSON, 2012, p. 92). Assim, o uso da teoria crítica como método de abordagem nos impeli a conhecer as teorias anteriores ou tradicionais, isto é, aquelas que serão objeto da crítica.

Não se pretende perquirir o comportamento dos agentes econômicos em tempos muito passados, eis que o poder econômico dos mercados digitais e o seu controle são fenômenos novos. De outro lado, quanto mais voltamos no tempo, menos se verificam as características da economia digital fundada em disrupção<sup>71</sup>, em plataforma e em dados. Isto considerado, o fenômeno estudado na presente pesquisa é o controle de concentrações, o qual passou por diversas transformações desde sua mais conhecida formulação no final do século XIX nos Estados Unidos da América com o Sherman Act<sup>72</sup>. Com isso, é adequado que busquemos

---

<sup>70</sup> Em resumo, ela contém “a aplicação da lógica dialética que vê o mundo material e social em um processo constante de movimento; O estudo diacrônico dos fenômenos que revela sua especificidade histórica; A crítica ou desconstrução das formas dos fenômenos existentes e de categorias analíticas que, ao procurar uma análise mais profunda que as aparências disponíveis ao senso comum, ajuda a revelar as relações sociais e econômicas essenciais para a existência de um fenômeno; A exposição de estruturas opressivas ocultas; Orientação praxiológica na qual o conhecimento é considerado algo inseparável da atividade prática consciente” (RICHARDSON, 2020, p. 94). Sendo difícil garantir todas as características acentuadas por Richardson, a presente pesquisa e seus próximos capítulos trataram do desenvolvimento histórico do antitruste até chegar aos casos concretos nos quais se demonstra a divisão entre essência e aparência, desvendando estruturas de poder e opressão que podem existir no controle do poder econômico.

<sup>71</sup> Entende-se disruptiva como a qualidade de um mercado que tornar velho ou ultrapassado um mercado anterior.

<sup>72</sup> A adoção do *Sherman Act* também decorre dos limites metodológicos da presente pesquisa, sendo mais viável metodologicamente se valer dele do que de outras bases de dados. As bases de dados utilizadas frequentemente partem do *Sherman Act* conforme feito em pesquisa de direito concorrencial comparado de Bradford et al. (2019) destacada na seção desta dissertação sobre o instituto do controle de concentrações pelo direito comparado. Em pesquisa para problematizar os diferentes direitos concorrenciais no mundo, conseguimos retirar outra explicação metodológica para a escolha dos EUA: “embora os Estados Unidos da América não tenham inventado a roda ou o fulcro, nem possam reivindicar Homero, Dante ou Shakespeare como filhos nativos, nem tampouco

delinear as principais conclusões das escolas do antitruste deste momento até hoje sem nos perdemos num passado longínquo que não guarda proporções com a realidade contemporânea<sup>73</sup>.

Diante destas considerações, existem duas razões principais que nos levam a enfrentar o desenvolvimento histórico do controle do poder econômico pelo direito concorrencial.

A uma, o estudo do fenômeno novo (mercados digitais) poder ser facilitado pelo estudo do fenômeno anterior (mercados tradicionais). A necessidade de entender o que está por de trás de um fenômeno, tal como o passado do controle do poder econômico, pode ser considerada uma empatia metodológica<sup>74</sup> para se entender o porquê do fenômeno.

A duas, o desenvolvimento do controle do poder econômico andou *pari passu* com o tipo de política econômica adotada ou com os objetivos concorrenciais almejados na evolução do antitruste. O atendimento à utilidade, termo usado em nosso problema de pesquisa e refletido em nossa metodologia, decorre da eficácia jurídica, isto é, do atendimento dos objetivos concorrenciais ou da política econômica<sup>75</sup>. Como nossa pesquisa se debruçará sobre a utilidade

---

foi a América do Norte o berço da humanidade, quando se trata de algo menos grandioso no tópico das leis antitruste, os Estados Unidos eram, em qualquer sentido realista do termo, o primeiro garoto do quarteirão. Certamente, havia antecedentes ao Sherman Act de 1890, que podemos encontrar no direito comum da Inglaterra, nas leis dos vários estados e na lei do nosso vizinho ao norte, o Canadá. Mas o desenvolvimento sério e sustentado da lei antitruste ocorreu nos Estados Unidos ao longo da última década do século 19 e primeira metade do século 20, com muita pouca concorrência de outros lugares” (WOOD, 2003, p. 305, tradução nossa). “Although the United States of America did not invent the wheel or the fulcrum, nor can it claim Homer, Dante, or Shakespeare as a native son, nor for that matter was North America the cradle of humanity, when it comes to the somewhat less grandiose topic of antitrust laws, the United States was in any realistic sense of the term the First Kid on the Block. Certainly, there were antecedents to the Sherman Act of 1890, which we can find in the common law of England, the laws of the several states, and the law of our neighbor to the north, Canada. But the serious and sustained development of antitrust law occurred in the United States throughout the last decade of the 19th century and the first half of the 20th century, with very little competition from elsewhere” (WOOD, 2003, p. 305).

<sup>73</sup> Somado a esta explicação, com as mesmas razões para uma pesquisa recente acerca do direito concorrencial comparado, “primeiro, o início da década de 1990 marcou o início de uma nova era na aplicação da concorrência, quando os regimes de concorrência começaram a proliferar dramaticamente, inclusive fora dos países da OCDE. Em segundo lugar, nossas investigações preliminares sugeriram que apenas um número limitado de agências poderia fornecer dados confiáveis para quaisquer anos anteriores a 1990” (BRADFORD et al., 2019, p. 426, tradução nossa). “First, the early 1990s marked the beginning of a new era in competition enforcement when competition regimes started to proliferate dramatically, including outside the OECD countries. Second, our preliminary inquiries suggested that only a limited number of agencies could provide any reliable data for any years prior to 1990” (BRADFORD et al., 2019, p. 426).

<sup>74</sup> Levando a sério o caráter de ciência humana aplicada, “o cientista humano não é um físico, um engenheiro; nossas teorias não são com relação a uma realidade que está lá independentemente da gente. Estudamos realidades construídas por outros seres humanos e temos que entender, como dizia Max Weber, os significados das ações dos agentes; concordando ou discordando, precisamos ter uma empatia metodológica” (LIMA; OLIVEIRA JUNIOR, 2013, p. 267)

<sup>75</sup> Afinal, a Lei Antitruste “[...] é instrumental a determinada política econômica, possuindo por consequência, objetivos bem próprios, diversos daqueles das demais leis [...]. Além disso, o amplo espectro proporcionado pelos termos fluídos normalmente empregados no texto normativo permitem que os tribunais e as **autoridades antitruste alterem sua interpretação/aplicação, coadunando-as com as mais diversas visões econômicas**” (FORGIONI, 2020, p. 168, grifo nosso).

do controle do poder econômico, faz-se necessário estudar como os objetivos concorrenciais foram propostos em suas diversas formulações ao longo do espaço temporal recortado.

Tal qual Andrade (2014) em pesquisa para elaboração de síntese (ou mercado<sup>76</sup>) das ideias econômicas e conseqüentemente de suas influências no direito concorrencial com o fim de questionar quais seriam os objetivos do direito concorrencial brasileiro<sup>77</sup>, algumas ressalvas se fazem relevantes acerca da profundidade explorada nos pensamentos a seguir.

Em nossa pesquisa, esses pensamentos são expostos apenas para alimentar a discussão dos objetivos do direito concorrencial, preocupando-se pouco com classificações cirúrgicas e leituras exaustivas dos seus autores. Assim, a classificação e a tabela adotada ao final do capítulo têm apenas valor didático, sendo claras ao pesquisador as incorreções em se tratar um conjunto de estudiosos numa mesma escola ou corrente teórica indistintamente.

Quanto mais fundo fomos nos textos de cada autor, mais se percebeu quão plurivalentes são as ideias tratadas, então a ressalva de não haver leituras exaustivas implica a ressalva de não haver classificações cirúrgicas. Com isso, espera-se somente alcançar a base teórica para fundamentar adequadamente a presente pesquisa, já que as conclusões do presente capítulo servem de suporte para os seguintes.

Por fim, este capítulo da dissertação se cingiu a tratar das principais escolas, movimentos, abordagens ou ondas mais relevantes no que toca precisamente ao tema proposto pela pesquisa. Isto fez a pesquisa se voltar para o controle de concentrações ou preventivo do direito concorrencial na história (mercado) das principais ideias do antitruste. De outro lado, não tratamos da abordagem sul-africana em subseção do presente capítulo, tendo em vista que o espaço mais adequado para ela se encontra no capítulo 4 da presente pesquisa.

## **2.1 Escola de Harvard (Momentos Pré-Chicago e Pós-Chicago)**

Pode-se afirmar que o *Sherman Act*, legislação antitruste base do direito concorrencial estadunidense, surge num momento em que era necessário ponderar livre-iniciativa com livre-

---

<sup>76</sup> Andrade (2014) utiliza o termo “mercado” com tom satírico, indicando escolha de ideias econômicas a gosto do freguês e sem qualquer pudor ou rigor científico quando da adoção destas ideias pelos operadores do direito concorrencial. No mesmo sentido, mercado de ideias pode ser utilizado para notícias que confirmam a visão do leitor e são aceitas de pronto sem questionamento (FONSECA, 2021, p. A7).

<sup>77</sup> Andrade coloca ao final da discussão das principais linhas de pensamento sua perspectiva que já estava clara ao longo dos capítulos enfrentados até então: “o que deve ser afastado, ao menos no seio de nossa pesquisa, é a busca por essencialismos, determinismos e consequencialismos fortes, sobretudo quando motivados pelas importações pura e simples de ideias que vêm de um longo processo de discussão onde foram forjadas” (ANDRADE, 2014, p. 111).

concorrência devido às concentrações econômicas<sup>78</sup> que prejudicavam consumidores e pequenos negócios (FORGIONI, 2020, p. 70-71). Forgioni, com uma introdução histórica, sintetiza que esta atuação estatal surge para preservar as bases capitalista do Estado liberal<sup>79</sup> e eliminar suas distorções, fortalecendo a concorrência (FORGIONI, 2020, p. 66-71). Esta escola ganha seus contornos por volta de 1929 por meio do famoso Crash e da leniência do Presidente dos EUA Roosevelt para a política antitruste (JASPER, 2021), com sua forma consolidada em 1950 (ABAY, 2009, p. 77).

Com base nessa perspectiva de controle do poder, “em linhas gerais, a Escola de Harvard parte do pressuposto de que empresas com poder econômico usá-lo-ão para implementar condutas anticompetitivas” (FORGIONI, 2020, p. 172). Esta ideia do abuso de poder se assenta na lógica econômica do proveito máximo dos benefícios individuais em detrimento dos coletivos. Por um lado, a racionalidade econômica gera competição; por outro lado, fomenta a vontade de se tornar monopolista. Isso tudo resulta numa defesa do maior número de competidores possível mesmo que a título de prevenção ou precaução<sup>80</sup> (como uma presunção jurídica). Essa defesa apriorística da concorrência como sinônimo de intensa e constante competição leva à busca do modelo de “*workable competition*”, isto é, de defesa de um número significativo de agente econômicos com base na conduta e na estrutura pulverizadas em vista do desempenho do mercado (GABAN, DOMINGUES, 2016).

É justamente pensando nesta racionalidade e nos prejuízos proporcionais aos tamanhos das concentrações econômicas que “a escola de Harvard (também referida como

---

<sup>78</sup> Chamadas de *trusts*, essas concentrações caracterizariam a base da economia do período nos EUA entre o final do século XIX e início do século XX, dividindo opiniões: “O *trust* tornou-se um símbolo da nova ordem. Para seus apoiadores, significava riqueza, cooperação e desenvolvimento progressivo. Para seus detratores, esses monólitos impessoais e administrados centralmente representavam ganância, desumanidade e estratificação econômica” (FOX; SULLIVAN, 1990, p. 77, tradução nossa). “The trust became a symbol of the new order. To its supporters, it signified wealth, cooperation, and progressive development. To its detractors, these impersonal, centrally administered monoliths represented greed, inhumanity, and economic stratification” (FOX; SULLIVAN, 1990, p. 77).

<sup>79</sup> É importante não confundir liberalismo com a Escola de Harvard ou mesmo a Escola de Chicago, eis que liberalismo pode significar muitas nuances diferentes do pensamento econômico. Essa importância é justificada ainda ao se notar que o início destas duas escolas foi marcado pelo liberalismo clássico, o qual possui polivalência bem sintetizada por Schumpeter em sua obra para diagnóstico e prognóstico históricos-econômicos: “o principal mérito dos clássicos consiste, do ponto-de-vista do analista econômico, no fato de haverem eles refutado juntamente com muitos e crassos erros, a idéia ingênua de que a atividade econômica na sociedade capitalista, pelo simples fato de girar em torno do móvel do lucro, tem de encaminhar-se necessariamente contra os interesses dos consumidores, ou, para expressá-lo de maneira diferente, que o objetivo de ganhar dinheiro afasta, também necessariamente, a produção de seus objetivos sociais, ou, finalmente, que as vantagens privadas, tanto por si mesmas como pela distorção que ocasionam no processo econômico, constituem sempre um prejuízo líquido para todos, exceto para os que recebem e que, por conseguinte, representariam um lucro líquido que seria absorvido pela socialização” (SCHUMPETER, 1961, p. 97-98).

<sup>80</sup> Adotamos a seguinte diferenciação entre prevenção e precaução: a prevenção é necessária diante de razões provadas, enquanto a precaução é adotada mesmo na ausência de provas diante de elevados riscos.



‘estruturalista’) vê as restrições verticais com desconfiança e entende que o agente econômico é propenso a utilizar sua posição dominante em um mercado para alavancá-la em outro (*leverage theory*)” (FORGIONI, 2020, p. 173). Por isso, são adotadas medidas de prevenção ou mesmo precaução para se evitar danos potencialmente superiores decorrentes do abuso do poder econômico.

Assim, “um dos seus principais pilares repousa na crença de que a conduta do agente econômico – e, portanto, de toda economia – está diretamente ligada à estrutura do mercado” (FORGIONI, 2020, p. 173) ou a questões estruturais de mercado, como ofertantes, demandantes e preços. Pode-se sintetizar seus pressupostos com o seguinte raciocínio: um mercado com pouco agentes (com estrutura concentrada) tem incentivos para o abuso do poder econômico, o que gera riscos maiores de performance ou mau funcionamento da racionalidade econômica exposta acima (“estrutura-conduta-performance<sup>81</sup>”) (FORGIONI, 2020, p. 173). Conforme Andrade (2014, p. 75) explica em sua pesquisa síntese, a denominação de estruturalista dada à Escola de Harvard decorre da preocupação “com a estrutura de mercado, com o tamanho dos agentes econômicos e com eventuais abusos de poder por parte deles”.

O primeiro pensamento da Escola de Harvard foi sobressalente até a subida ao palco da Escola de Chicago por volta de 1960, de 1970 ou ainda de 1980<sup>82</sup>. Após esta ascensão, a Escola de Harvard foi jogada numa situação de oposição a partir da qual precisaria enfrentar os argumentos das opiniões da Escola de Chicago para fazer valer ao menos parte de suas próprias opiniões<sup>83</sup>. Não sendo uma oposição pela simples oposição, mas uma oposição em que se entendia os fundamentos das opiniões contrárias, a Escola de Harvard absorveu algumas das ideias de Chicago no tocante a uma maior necessidade de regras da razão no controle de

---

<sup>81</sup> Andrade, em pesquisa síntese das principais escolas de ideais econômicas no direito concorrencial, destrincha o conceito de *Structure-Conduct-Performance*, elaborado por Edward Mason e Jose Bain para analisar a concorrência industrial da seguinte forma: “ao observar a **estrutura** de um determinado mercado (número de agentes, diferenciação de produto, barreiras de entrada, estruturas de custo, grau de verticalização, *know-how* escasso, exigência de maior volume de capital), seria possível presumir as **condutas** dos agentes (estratégia de preços, investimento em inovação, em publicidade, relação com concorrentes e com distribuidores e clientes) e seu **desempenho** (eficiência alocativa e produtiva, progresso, equidade e lucros) – tudo isso baseado no modelo monopolístico de maximização do lucro” (ANDRADE, 2016, p. 57).

<sup>82</sup> A data exata não é precisa, principalmente por conta de qual autor e de qual de seus textos são considerados marcos teóricos da Escola de Chicago. Forgioni (2020, p. 173) usa a pauta política para marcar o auge da Escola de Chicago em 1980 com o governo de Ronald Regan. Outros, como Timm (2020), consideram o surgimento desta escola em 1950 com os escritos de Coase. Guardadas algumas ressalvas, pode-se voltar um pouco mais e encontrar a preocupação com as barreiras de entrada (ponto fraco numa defesa da concentração, mas sensível a esta escola) em Clark, por volta de 1940, conforme lemos em Forgioni (2020, p. 170-173) e em Gaban e Domingues (2016, p. 88-94); ou em Aaron Director ao final de 1940 consoante Gaban e Domingues (2016, p. 88-94).

<sup>83</sup> Consoante Andrade revisa em sua pesquisa síntese, “os autores da Escola de Harvard acabaram por abandonar muitos de seus pressupostos, após a elaboração dos construtos da Escola de Chicago, a seguir abordada. [...]. O principal desgaste está relacionado à ligação entre os pressupostos fáticos da **estrutura** com as possíveis consequências (previsões) de **condutas** e **desempenho**” (ANDRADE, 2016, p. 58-59).

condutas, ainda que “ênfatizando o poder de mercado, o aspecto distributivo e a preocupação sobre a concentração do poder econômico” (GABAN, DOMINGUES; 2016).

Assim, ao longo do restante do século XX, a Escola de Havard passou por alterações em decorrência de sua oposição à Escola de Havard, o que fez a primeira absolver o bem-estar do consumidor e a eficiência como políticas antitruste basilares conforme retratado no livro de revisão histórica de Wu (2018).

## 2.2 Escola de Chicago

A Escola de Chicago em torno da década de 60 parte da premissa de que a ciência econômica traria a certeza às análises econômicas nas decisões, o que a ciência jurídica não foi capaz de oferecer mesmo com o positivismo jurídico segundo Forgioni (2020, p. 14). A partir desta escola, o encontro entre direito e economia ganhou força no direito concorrencial, tanto na importação de ideias e teoria econômicas para o direito (ANDRADE, 2020a; 2020b), quanto na abordagem multidisciplinar de direito e economia (GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 91-94). Inclusive, serviu para configurar um método de pesquisa conhecido como Análise Econômica do Direito (TIMM; GUARISSE, 2019). Segundo Jasper (2021), Aaron Director seria o expoente inicial desta escola.

Além disso, esta escola ficou famosa por pontuar um objetivo máximo do direito antitruste nos julgamentos de direito antitruste nos EUA, qual seja, o bem-estar do consumidor (HOVENKAMP, 1999), o qual deveria ser definido a partir de fórmulas matemáticas. Essas fórmulas matemáticas, então, uniram a Escola de Chicago a um dos embriões da análise econômica do direito contemporânea<sup>84</sup>. Em essência, a Escola de Chicago passou a defender que “qualquer lei restritiva da livre-concorrência teria por consequência manter no mercado empresas ineficientes que, não fosse a tutela estatal, estariam condenadas ao desaparecimento” (FORGIONI, 2020, p. 79).

Partindo da noção do pêndulo histórico da regulação, a Escola de Chicago o empurrou para a menor regulação da economia (FOX, 2009). Como explica Forgioni (2020, p. 175) em seu estudo para exploração das escolas do antitruste, esta escola propunha o mínimo de

---

<sup>84</sup> Forgioni, numa obra para elaboração de material didático, critica a visão da Escola de Chicago de definir o objetivo de uma lei antitruste, vez que “a lei antitruste desempenha, em cada sistema, em cada ordenamento, função própria, cambiável, inclusive, em virtude do momento histórico. Descortina-se, assim, a perigosa armadilha colocada pela Escola de Chicago e pela análise econômica do direito. Se, por um lado, essas escolas exercem um quase irresistível fascínio decorrente da segurança proporcionada pelas fórmulas matemáticas, de outro desabam quando confrontadas com a pululante realidade disciplinada pelo direito antitruste” (FORGIONI, 2020, p. 34-35).

intervenção estatal, na medida em que a própria concorrência disciplina as relações econômicas. Com a desvalorização das empresas estadunidenses a partir de 1980 em face de suas congêneres estrangeiras, a política concorrencial dos EUA visou à eficiência econômica nas concentrações, ideia fruto da Escola de Chicago (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 90).

De um lado, esta intervenção mínima estava fundamentada na eficiência alocativa (GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 90-93), isto é, na divisão de recurso de modo a apenas beneficiar sem prejuízos ou beneficiar mais alguns do que prejudicar outros<sup>85</sup>. Apesar de existirem conceitos diversos para ela, a eficiência alocativa isolada serviria para defender monopólios com preços supracompetitivos se os benefícios ganhos por seus proprietários superassem os prejuízos dos consumidores de alguma maneira<sup>86</sup>.

A única preocupação das autoridades concorrenciais deveria ser com as barreiras de entrada, pois todo poder de mercado seria contestável na ausência delas (FORGIONI, 2020, p. 285-286). Assim, as concentrações, caso apelassem para condutas anticompetitivas, seriam prejudicadas por concorrentes ou até entrantes mais eficientes, devendo-se deixar ao *Homo economicus*<sup>87</sup> à maximização da eficiência no mercado.

---

<sup>85</sup> Existem basicamente dois modelos de eficiência alocativa. O primeiro, chamado de Pareto, propõe que haja apenas ganhos a todos sem prejuízos nas mudanças de estado. Já o segundo, denominada de Kaldor-Hicks, pretende que os ganhos globais superem os prejuízos particulares, compensando-se com ganhos ou “lucro” no fim. Em suma, “é por isso que, além da eficiência econômica do tipo paretiana, existe o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, por meio do qual se visualizam ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social” (BOTELHO, 2016, p. 31).

<sup>86</sup> Bork lança essa ideia para ressaltar a defesa absoluta da eficiência alocativa, sendo muito mais provável que o *Sherman Act* protegesse a eficiência produtiva (BORK, 1978). Debruçando-se sob o aspecto retórico da defesa do bem-estar do consumidor com o ataque à intervenção estatal, Andrade, em seu estudo histórico para elaboração de síntese de várias escolas antitruste, compreende esta defesa e este ataque como marca da Escola de Chicago, qualificando esta marca como “prestidigitação teórica elaborada por Robert Bork (ANDRADE, 2014, p. 56). Por isso, Andrade (2016, p. 60) entende sobre a Escola de Chicago que “esse movimento teria como fundamento a análise das indústrias com base em sua **eficiência produtiva** (redução de custos, sobretudo, e a promessa de essa eficiência ser repassada aos consumidores, na forma de redução de preço)”.

<sup>87</sup> Em artigo no qual declara a extinção do *Homo economicus*, defende-se com didática que ele seja substituído pelo *Homo sapiens* nas análises antitruste: “os Chicagoans e o *Homo economicus*, por outro lado, criaram modelos e políticas que estão em guerra com a realidade e em desacordo com a natureza humana fundamental. A extinção do *Homo economicus* e o eclipse da Escola de Antitruste de Chicago são, portanto, oportunos e bem-vindos. É hora de se afastar do ‘individualismo atomístico, [que] não é apenas impreciso em face da complexidade corporativa do mundo dos negócios de hoje; [mas] ingênuo’. Precisamos reconhecer que nossa adaptabilidade econômica futura e sucesso de longo prazo devem estar diretamente ligados à nossa base evolutiva de moral e ética compartilhadas” (HORTON, 2011, p. 520, tradução nossa). “The Chicagoans and *Homo economicus*, on the other hand, have created models and policies that are at war with reality and at odds with fundamental human nature. The coming extinction of *Homo economicus* and the eclipse of the Chicago School of antitrust are therefore timely and welcome. It is time to turn away from ‘atomistic individualism, [which] is not only inaccurate in the face of the corporate complexity of today’s business world; [but] naïve.’ We need to recognize that our future economic adaptability and long-term success must be directly tied to our evolutionary foundation of shared morals and ethics” (HORTON, 2011, p. 520).

De outro lado, fundamentava na ideia de concorrência perfeita num mercado perfeito<sup>88</sup>. A concorrência perfeita implica uma situação de equilíbrio final das forças da oferta e da demanda de modo a se retirar a utilidade ou bem-estar máximo da situação. Para o controle de concentrações, ela considera um mercado no qual um ou poucos agentes econômicos naturalmente não conseguiriam exercer uma posição dominante ou praticar algum abuso do poder de mercado.

Bork, um dos expoentes desta escola, com a tese do paradoxo do antitruste, expõe que a aplicação do direito antitruste pelas autoridades dos EUA, especialmente sua Suprema Corte, estaria prejudicando a concorrência ao invés de a tutelar. Bork (1978, p. 58-61) propõe que seja tutelável pela concorrência 1) a rivalidade, ausência de restrições no mercado, seja no lado da demanda, seja no lado da oferta; 2) a proteção ao *player* com menor poder; e 3) o bem-estar do consumidor num mercado sem intervenção estatal. Para ele, eficiência produtiva, concorrência e bem-estar do consumidor estão imbricados, sendo os reais objetivos do *Sherman Act* (BORK, 1978).

Bork aceita o pressuposto de que *players* em um mercado concentrado apresentarão resultados monopolísticos pela racionalidade econômica, haja vista que racionalmente agiriam para maximizar seus lucros (BORK, 1978, p. 101-103). É difícil separar precisamente nesta obra a eficiência produtiva da eficiência alocativa ou da eficiência de inovação em todas as situações apresentadas, porém é realçada a primeira como bem jurídico maior do direito antitruste por encontrar seu reflexo no bem-estar do consumidor<sup>89</sup>. Com isso, caberia ao direito antitruste somente condenar a restrição de eficiência produtiva advinda no caso de concentrações ou condutas de poder monopolístico (BORK, 1978, p. 122).

---

<sup>88</sup> Esse equilíbrio é comumente chamado de concorrência perfeita, na qual as empresas “expandiriam a produção até o ponto em que a despesa adicional, que têm de aceitar para criar outro pequeno aumento de produção (custo marginal), seja exatamente igual ao preço que podem obter pelo aumento, isto é, que produzirão tanto quanto possível sem incorrer em prejuízos” (SCHUMPETER, 1961, p. 99); ao passo que “[...] é possível demonstrar também que tal volume de produção será, de maneira geral, igual ao que é socialmente desejável” (SCHUMPETER, 1961, p. 99). É claro que, segundo Schumpeter, esta concorrência perfeita seria facilmente substituída por uma concorrência predatória e exterminante, que na prática gera uma situação de desperdício social e é desfavorável ao rendimento máximo de produção (SCHUMPETER, 1961, p. 101-102). De outro lado, o mesmo autor critica o ideal de concorrência perfeita e sua antítese, pois seria não factível 1) um único vendedor; 2) o uso puro de preços altos com baixa produção; e 3) a ausência de uma posição monopolística por muito tempo (SCHUMPETER, 1961, p. 127-131). Por fim, levando em conta a situação monopolística inevitável de quem inova e progride, acarretados pela grande empresa, a concorrência perfeita é não apenas um sistema impossível, mas inferior, e de nenhuma maneira se justifica que seja apresentada como modelo de eficiência ideal (SCHUMPETER, 1961, p. 135).

<sup>89</sup> Assim, defende-se a eficiência econômica na produção (*output*), geradora bem-estar do consumidor, e se condenadora de condutas ou de concentrações com redução de produção (BORK, 1978). Para Bork, a eficiência econômica deveria ser mensurada a partir da fixação de preços; da redução da quantidade; e da redução da qualidade (BORK, 1978, p. 33-41), o que demonstra a pouca clareza em separar as espécies de eficiência econômica.

Diante do exposto, a Escola de Chicago parte de análise microeconômicas e estáticas<sup>90</sup> com a finalidade de julgar a eficiência no caso concreto (ANDRADE, 2014, p. 59-63).

Dando prosseguimento, faz-se necessário falar de dois outros autores, cujas ideias estão muito próximas das discutidas da Escola de Chicago até o momento, Porner e Coase. Existem algumas controvérsias em classificar Porner e Coase na Escola de Chicago ou na Nova Economia Institucional<sup>91</sup>. Os textos deles foram produzidos ao longo do século XX e foram vanguardistas no tocante o abandono da ideia absoluta do *homo economicus* por flexibilizarem a qualidade do ser humano como racional maximizador da utilidade em todas as circunstâncias. Entretanto, possuem suas raízes na Escola de Chicago e são enquadrados aqui por razões didáticas.

Coase, no artigo *The nature of the firm*, parte das premissas econômicas da ideia da substituição de bens e da ideia de pensamento na margem<sup>92</sup> para descrever a ideia da substituição na margem. Para ele, as transações organizadas dentro de uma empresa (fatores de produção) são semelhantes às transações realizadas no mercado (contrato). Assim, pressupõe que os mecanismos de preços lidariam perfeitamente com a alocação de produção dentro de uma empresa sem qualquer organização ou coordenação estatal. Isso ocorre, pois seria possível voltar ao mercado aberto se os fatores de produção organizados internamente numa empresa custassem mais do que os contratos de fora.

Nesse aspecto, faz a pergunta central de seu artigo acerca do porquê toda a produção não é realizada por uma grande empresa concentradora de muitas atividades (COASE, 1937, p. 394). Sua resposta se pauta pelos custos progressivamente crescentes em face do aumento da empresa: “pareceria que os custos de organização e as perdas por erros aumentarão com o aumento da distribuição espacial das transações organizadas, da dessemelhança das transações e da probabilidade de mudanças nos preços relevantes”<sup>93</sup> (COASE, 1937, p. 397, tradução nossa).

---

<sup>90</sup> Andrade (2016, p.67-68) utiliza o termo estático com base em modelos de preço de curto prazo numa dada economia e com uma dada tecnologia. Isso, em contraposição ao dinâmico com base em inovações e economias no longo prazo, isto é, com base em sistema com sequentes mudanças.

<sup>91</sup> Posner, no livro *Overcoming Law*, nega em grande medida sua adequação na Nova Economia Institucional, diferenciando-se dos vários autores desta pelo prisma da nova Análise Econômica do Direito (POSNER, 1997, p. 426-443).

<sup>92</sup> “Na margem, os custos de organização dentro da empresa serão iguais aos custos de se organizar em outra empresa ou aos custos envolvidos em deixar a transação ser 'organizada' pelo mecanismo de preços” (COASE, 1937, p. 404, tradução nossa). “At the margin, the costs of organising within the firm will be equal either to the costs of organising in another firm or to the costs involved in leaving the transaction to be ‘organised’ by the price mechanism” (COASE, 1937, p. 404).

<sup>93</sup> “It would appear that the costs of organising and the losses through mistakes will increase with an increase in the spatial distribution of the transactions organised, in the dissimilarity of the transactions, and in the probability of changes in the relevant prices” (COASE, 1937, p. 397).

De outro lado, pergunta o porquê do mecanismo de decisão do administrador de empresa não ser substituído pelo mecanismo de preço de maneira que não haja organização interna dos fatores de produção pelo administrador. Sua resposta para esta pergunta vai na racionalidade imprimida por um coordenador com base na impossibilidade de se excluir totalmente a incerteza e, conseqüentemente, de se distribuir os bens à medida das necessidades das pessoas apenas por intermédio do mecanismo de preços (COASE, 1937, p. 399-401).

As respostas às duas perguntas anteriores sevem para justificar que o tamanho de uma empresa é limitado pelos custos de mercado (dados pelo mecanismo de preço) e pelos custos de organização dos administradores de uma empresa (dados pela racionalidade do administrador na medição das incertezas) (COASE, 1937, p. 403). Sob estas duas razões, o empreendedor ou administrador de uma empresa deve racionalmente definir seu “produto marginal”, isto é, o que será melhor produzir internamente e o que será melhor contratar externamente.

Já, no artigo *The Problem of Social Cost*, Coase (1960, p. 1-2) parte da ideia das externalidades ou danos causados por empresas ou indivíduos para discutir endereçamentos a este problema pelo Estado, propondo na realidade um *trade-off* entre a perda da atividade causadora do dano e o dano causado (ambos bens tuteláveis). Este autor pressupõe que o problema econômico, diferentemente do problema jurídico<sup>94</sup>, consiste em como maximizar o valor de produção, isto é, alcançar uma situação em que todos tenham os menores custos ou máximos benefícios para os envolvidos num conflito (COASE, 1960, p. 8-15). Assim, para se maximizar o valor de produção, a resposta ao problema econômico seria resolvida com base no mecanismo de preços na ausência de custos nas transações. Daqui comumente se retira o denominado Teorema de Coase: se os custos de transação são zero, a alocação inicial de propriedade entre partes em conflito (e diga-se as posteriores também) não afetará a eficiência das alocações futuras<sup>95</sup> (POSNER, 1997, p. 406).

Porém, dificilmente os custos de transação são inexistentes, sendo criados inclusive pela regulação estatal para os quais Coase tende a atribuir desvantagens maiores que suas

---

<sup>94</sup> “Mas é preciso lembrar que a questão imediata enfrentada pelos tribunais não é o que deve ser feito por quem, mas quem tem o direito legal de fazer o quê” (COASE, 1960, p. 15, tradução nossa). “But it has to be remembered that the immediate question faced by the courts is not what shall be done by whom but who has the legal right to do what” (COASE, 1960, p. 15).

<sup>95</sup> Reformulada por Posner como hipótese, tem-se: “[...] se os custos de transação são baixos, a atribuição de direitos e responsabilidades da lei dificilmente afetará a alocação de recursos de forma significativa [...]” (POSNER, 1997, p. 407, tradução nossa). “[...] if transaction costs are low, the law’s assignment of rights and liabilities is unlikely to affect the allocation of resources significantly [...]” (POSNER, 1997, p. 407).

vantagens<sup>96</sup>. Se a aplicação do direito se torna um custo de transação, esta aplicação é um fator para a maximização da produção. Diante da constatação da regulação como fonte de custos de transação, os controles dos arranjos sociais deveriam levar em consideração os custos totais envolvidos na solução jurídica, a conclusão final do artigo (COASE, 1960, p. 43).

Mais do que um desejo pela segurança jurídica, Coase propõe que a regulação seja feita com a compreensão das consequências econômicas dela quando possa influenciar diretamente a atividade econômica (COASE, 1960, p. 19). Com isso, diante da potencialidade de arranjos sociais alternativos, propõe que não haja regulação jurídica para os danos a terceiros causados por negócios (externalidades), pois as próprias partes decidiriam melhor a partir dos custos de produção (privados) em face dos custos totais (sociais)<sup>97</sup> (COASE, 1960, p. 40).

Caminhando um pouco mais no século, Posner apresenta como objeto de pesquisa o uso de teoria e métodos empíricos da economia pelos operadores do direito no artigo *The Economic Approach to Law*<sup>98</sup>. A teoria principal pressuposta consiste na suposição de que as pessoas racionais tentariam maximizar suas satisfações<sup>99</sup> (POSNER, 1975, p. 761). Dentro do

---

<sup>96</sup> Para esta consideração negativa, Coase leva em consideração uma regulação ruim e uma regulação que resulte apenas na proteção dos causadores de danos (COASE, 1960, p. 15-28).

<sup>97</sup> Dando seguimento, Coase conclui: “neste artigo, a análise ficou confinada, como é usual nesta parte da economia, a comparações do valor da produção, medido pelo mercado. Mas é, claro, desejável que a escolha entre diferentes arranjos sociais para a solução de problemas econômicos seja realizada em termos mais amplos do que este e que o efeito total desses arranjos em todas as esferas da vida deva ser levado em consideração” (COASE, 1960, p. 40, tradução nossa). “In this article, the analysis has been confined, as is usual in this part of economics, to comparisons of the value of production, as measured by the market. But it is, of course, desirable that the choice between different social arrangements for the solution of economic problems should be carried out in broader terms than this and that the total effect of these arrangements in all spheres of life should be taken into account” (COASE, 1960, p. 40).

<sup>98</sup> Torna-se compreensível que, se for possível distinguir a Escola de Chicago (das ideias econômicas para o direito antitruste) da Análise Econômica do Direito ou AED (uso de teorias e métodos econômicos pelo direito), a primeira foi a causa da segunda como pode ser identificado em alguma medida no artigo de Posner (1975, p. 758). Posner declara ainda que um dos marcos da nova Análise Econômica do Direito (no passado já se aplicavam ideias e métodos econômicos no direito, mas agora seriam para os institutos centrais no direito) é o artigo de Coase sobre o custo social (POSNER, 1975, p. 759).

<sup>99</sup> Em capítulo do livro discutido a seguir cujo objeto são as concordâncias e as discordâncias de Posner para com Coase, o primeiro diz que “As pessoas não são de fato maximizadores racionais, os preços não são iguais ao custo marginal, os mercados nunca estão em equilíbrio. Os moldes formais da economia valem apenas como aproximações” (POSNER, 1997, p. 419, tradução nossa). “People are not in fact rational maximizers, prices do not in fact equal marginal cost, markets are never in equilibrium. The formal models of economics hold only as approximations” (POSNER, 1997, p. 419). À frente quando trata das críticas idênticas à economia neoclássica feitas pela AED e pela Nova Economia Institucional (faces da mesma moeda para Posner (POSNER, 1997, p. 440)), ele elabora mais a falsidade da suposição de que as pessoas racionais tentariam maximizar suas satisfações: “a fim de facilitar a formulação e exposição matemática, a teoria econômica neoclássica rotineiramente adota o que parece ser, e muitas vezes são, tanto do ponto de vista físico quanto psicológico, suposições altamente irrealistas: que os indivíduos e as empresas são maximizadores racionais, que a informação não tem custo, que as curvas de demanda das firmas individuais são infinitamente elásticas, que os insumos e os produtos são infinitamente divisíveis, que as tabelas de custos e receitas são matematicamente regulares, e assim por diante” (POSNER, 1997, p. 428, tradução nossa). “In order to facilitate mathematical formulation and exposition, neoclassical economic theory routinely adopts what appear to be, and often are, from both a physical and a psychological standpoint, highly unrealistic assumptions: that individuals and firms are rational maximizers, that information is costless, that the demand curves of individual firms are infinitely elastic, that inputs and outputs

direito então, ocorreriam decisões jurídicas que deveriam mensurar esta maximização com a ponderação de outros valores sociais num ambiente de incertezas<sup>100</sup>, eis que para Posner análise econômica do direito (AED) para na conclusão acerca da eficiência ou ineficiência mesmo se adotada uma perspectiva normativa desta análise (POSNER, 1975, p. 776).

Percebe-se que Posner neste artigo foca tanto na teoria econômica quanto na teoria da justiça por unir um consequencialismo com um utilitarismo (MACEDO, 2021). Consequencialismo significa que se deve levar em consideração exclusivamente as consequências, deixando de lado outros valores, enquanto utilitarismo significa que deve haver maximização de utilidade ou bem-estar na tomada de decisão (MACEDO, 2021). Afinal, como o próprio Posner declara, a AED eventualmente se desenvolverá numa teoria da justiça utilitarista<sup>101</sup>.

Em 1997, no seu livro quadro com seus principais escritos acerca da “nova” análise econômica do direito<sup>102</sup>, o *Overcoming law* coloca a AED pautada pelo pragmatismo<sup>103</sup>, localizado entre o formalismo e o realismo jurídicos. Posner (1997, p. 1-29) inicialmente usa

---

are infinitely divisible, that cost and revenue schedules are mathematically regular, and so forth” (POSNER, 1997, p. 428).

<sup>100</sup> A aplicabilidade da nova Análise Econômica do Direito de Posner para os aplicadores de direito fica mais evidente quando segue com a ideia de que os atores jurídicos também são maximizadores racionais: “Criminosos, partes contratantes, motoristas de automóveis, promotores e outros sujeitos a restrições legais ou envolvidos em processos legais agem em sua relação com o sistema jurídico como maximizadores inteligentes (não oniscientes) de suas satisfações” (POSNER, 1975, p. 763, tradução nossa). “Criminals, contracting parties, automobile drivers, prosecutors, and others subject to legal constraints or involved in legal proceedings act in their relation to the legal system as intelligent (not omniscient) maximizers of their satisfactions” (POSNER, 1975, p. 763). Para nossa pesquisa, vale mencionar a questão jurídica dos danos causados por ilícitos, eis que “para o pragmatismo, a questão da pornografia e do discurso de ódio são empíricos: quais são os danos causados por essas coisas e quais seriam as consequências - os benefícios e os custos - de tentar prevenir esses danos?” (POSNER, 1997, p. 396, tradução nossa). “For the pragmatism, the issue of pornography and hate speech are empirical: What are the harms caused by these things, and what would be the consequences – the benefits and the costs – of attempting to prevent those harms?” (POSNER, 1997, p. 396).

<sup>101</sup> Com maior aprofundamento: “Meu palpite é que quando a questão da justiça for estudada seriamente e quando as muitas questões de pseudo-justiça forem eliminadas, descobrirá que a sociedade está de fato disposta a pagar um certo preço em eficiência reduzida por políticas (por exemplo, proibição racial e discriminação religiosa) que promovam noções de justiça, mas que a sociedade o faz para preservar intacto o tecido social - para evitar rebeliões e outras formas de convulsão. **Estou sugerindo, em suma, que eventualmente desenvolveremos uma teoria utilitarista da justiça**” (POSNER, 1975, p. 778, grifo nosso, tradução nossa). “My guess is that when the issue of justice is studied seriously and when the many pseudo-justice issues are eliminated, it will turn out that society is in fact willing to pay a certain price in reduced efficiency for policies (e.g., forbidding racial and religious discrimination) that advance notions of justice, but that society does so to preserve intact the social fabric-to forestall rebellion and other forms of upheaval. **I am suggesting, in short, that we will eventually develop a utilitarian theory of justice**” (POSNER, 1975, p. 778, grifo nosso).

<sup>102</sup> Seria nova por transpor campos tradicionais da aplicação da economia no direito, “a aplicação da economia a campos do direito aparentemente não relacionados ou apenas periféricamente relacionados à concorrência, mercados, preços e outros fenômenos econômicos convencionais” (POSNER, 1997, p. 472, tradução nossa). “The application of economics to fields of law seemingly unrelated or only peripherally related to competition, markets, prices, and others conventional economic phenomena” (POSNER, 1997, p. 472).

<sup>103</sup> Sendo um termo controverso e polivalente, pragmatismo é conceituado por Posner como a teoria qualificada pela empiria ao pesquisar fatos e pelo ceticismo com respeito a verdades únicas, em oposição a conceitualismo, a dogmática ou ao método analítico (POSNER, 1997, p.5).



suas páginas para descrever e fundamentar a teoria (ou filosofia) da análise econômica do direito a partir da qual serão importadas ao direito as teorias e os métodos da economia ao mesmo tempo em que a separa de outras teorias existentes.

Para Posner (1997, p. 22-23), a AED teria aplicação apenas nos casos em que se faz possível a discussão de custos econômicos, não tendo aplicabilidade em escolhas utilitárias, políticas ou morais, como aborto ou sexualidade. Todavia, não se pode excluir a ideologia deste capítulo, na medida em que transparece o caráter político contido na opção pela AED ao tratar de uma eventual tensão entre democracia e liberalismo<sup>104</sup>, ainda mais quando defende ao final que liberalismo pode ser pragmaticamente mais defensável que a social-democracia e o conservadorismo moral (POSNER, 1997, p. 21-29).

No livro *Overcoming law* em face do artigo *The Economic Approach to Law*, Posner abandona a teoria da justiça universalizante e adota em verdade o pragmatismo de analisar se traz utilidade prática ou se funciona, abstendo-se de outros valores a favor das experiências concretas e de um ceticismo acerca da grande dificuldade em obter a melhor decisão (MACEDO, 2021). No livro comentado, Posner descarta a validade científica de várias teorias, bem como explícita suas razões para entender que o uso da AED traria maior validade científica e conseqüentemente seria mais apropriada para tomadas de decisões jurídicas do que outras teorias.

Preferimos encerrar a subseção da Escola de Chicago por aqui apesar de que muito poderia ser ainda escrito, principalmente dos novos textos resultados de pesquisas desenvolvidas em seu âmbito até os dias de hoje. Muitos dos pressupostos adotados nos parágrafos anteriores acabaram por ser questionados<sup>105</sup>, mas nos servem como recursos didático para as próximas seções da presente pesquisa.

---

<sup>104</sup> Posner fundamenta esta tensão: “A democracia é um meio não apenas de dispersar o poder político e, portanto, de proteger a esfera privada, mas também de permitir que as pessoas reforcem sua aversão ao comportamento egoísta de outras pessoas. O liberalismo implica o estado limitado, mas a democracia implica o governo da maioria - e as maiorias frequentemente estão dispostas a coagir as minorias. No entanto, a democracia e o liberalismo se sustentam e se opõem. Ao colocar o governo sob controle popular, a democracia reduz o poder do estado de infringir a liberdade; e a liberdade é uma pré-condição para uma escolha democrática informada e não coagida e, portanto, autêntica” (POSNER, 1997, p. 25, tradução nossa). “Democracy is a means not only of dispersing political power and thus of protecting the private sphere, but also of enabling people to enforce their dislike of other people’s self-regarding behaviour. Liberalism implies the limited state, but democracy implies majority rule – and majorities are often willing to coerce minorities. Yet democracy and liberalism support as well as oppose each other. By placing government under popular control, democracy reduces the power of the state to infringe liberty; and liberty is a precondition of informed and uncoerced, and hence authentic, democratic choice” (POSNER, 1997, p. 25).

<sup>105</sup> Um excelente exemplo disso são os relatórios do Stigler Center, vinculado ao Chicago Booth da Escola de Cicago. Nessa seara, cita-se o relatório de 2019 a partir da Conference on Digital Platforms and Concentration, o qual conclui que, “se as plataformas que são dominantes hoje alcançaram essa posição inteiramente com base nos méritos, é necessário um exame mais aprofundado. Se forem constatadas ilegalidades, serão necessários remédios apropriados para restabelecer a concorrência perdida. No entanto, remédios antitruste fortes

### 2.3 Escola Ordoliberal ou de Freiburg

Pelas raízes das palavras usadas em ordoliberal, nota-se uma vontade dos seus autores em construir uma economia liberal, ao mesmo tempo em que seja qualificada pela ordem (ordo)<sup>106</sup>. Sua origem está na Alemanha, tendo-se como principal influência do direito concorrencial europeu devido a maior preocupação com o controle de condutas pela ótica do abuso de posição dominante (FELICE; VATIERO, 2014), tal como originalmente se deu na Europa em geral; ao contrário dos EUA, cuja preocupação inicial fora com o controle de concentrações. Segundo Jasper (2021), os primórdios desta escola estão no Ordo Manifesto de 1936 escrito por Franziska Böhm, Walter Eucken, Hans Grossmann-Doerth, o qual propõe a união do direito com a política econômica como condição para a reconstrução das civilizações desde o final do século XVIII.

Ligada à constatação das deficiências da economia na República de Weimar nos anos 30 do século passado, a Escola Ordoliberal acreditava no empoderamento do Estado diante do poder econômico privado. Almejando um guardião do equilíbrio de forças no mercado, a escola se pauta pela inconsistência da definição unívoca de concorrência em face de um poder econômico livre e mutável segundo Gaban e Domingues (2016, p. 94-95). Assim, seria necessária uma regulação forte para fazer frente ao poder econômico, mas também coerente e razoável para garantir uma economia de mercado através da concorrência.

---

provavelmente exigirão o acoplamento com regulamentos de abertura de mercado para superar o poder de mercado que impedia a entrada competitiva no mercado. No futuro, dois objetivos importantes para as políticas públicas são garantir a entrada e a competição pelas plataformas, bem como criar competição nas plataformas. As leis e regulamentações voltadas para o futuro devem ser voltadas para reduzir ao máximo as barreiras de entrada e proteger vigorosamente contra exclusão, aprisionamento e exclusão no contexto da plataforma. Sem um rápido pivô de políticas para aplicar essas ferramentas combinadas, os mercados digitais podem se inclinar para níveis de poder entrincheirado que minam os benefícios de negócios digitais inovadores para os consumidores americanos” (ZINGALES et al., 2019, p. 120-121, tradução nossa). “Whether the platforms that are dominant today have achieved that position entirely on the merits bears further examination. If illegalities are determined, appropriate remedies will be needed to restore the lost competition. However strong antitrust remedies likely will require coupling with market-opening regulations to overcome market power that prevented competitive market entry. Going forward, two important goals for public policy are ensuring entry and competition for platforms, as well as creating competition on platforms. Forward-looking laws and regulations should be geared to lowering entry barriers as much as possible and vigorously guarding against exclusion, lock-in, and foreclosure in the platform context. Without a swift policy pivot to apply these combined tools, digital markets may tip toward levels of entrenched power that undermine the benefits of innovative digital businesses for American consumers” (ZINGALES et al., 2019, p. 120-121).

<sup>106</sup> Para uma visão atual das principais ideias do ordoliberalismo, precisa-se recorrer a Willgerodt e Peacock (1989), Streit (1992), Rieter e Schmolz (1993), Nicholls (1994) e Gerber (1998), segundo Felice e Vatiero, (2014, p. 148).

Oprimida pelo regime nazista na época de apogeu deste, esta escola foi responsável pelo ganho de espaço que o liberalismo conseguiu após o final da Segunda Guerra Mundial na Europa. De outro lado, a proposta de instituições fortes balizava o ordoliberalismo devido ao abuso poder político advindo do poder econômico, a exemplo do que se deu na República de Weimar com a subjugação das instituições políticas e sociais. Por isto, coloca-se que a liberdade defendida pelo ordoliberalismo implica a proteção da liberdade individual na ordem econômica (entre o Estado Mínimo e a Economia Planejada<sup>107</sup>), imprimindo espontaneidade às forças no mercado (FELICE; VATIERO, 2014, p. 149-150).

A Escola Ordoliberal observa com pessimismo a concentração de poder, na medida em que a acumulação de poder se torna o caminho para a obtenção de mais poder. Com isso, necessita-se de um Estado que tutele a concorrência como objetivo fim (e não meio), necessidade decorrente da desconfiança para com o poder estatal e o poder econômico privado<sup>108</sup> (FELICE; VATIERO, 2014). Também se consegue afirmar que daqui adveio a influência para a criação de um capítulo próprio na constituição brasileira para tratar da ordem econômica<sup>109</sup>, a qual nos seu artigo 170, do mesmo modo que o ordoliberalismo, não consegue separar as interações econômicas das sociais. Como estudo brasileiro acerca dos pressupostos do ordoliberalismo, pode-se citar o de Braz (2019) para uma renovação do foco nos abusos de posição dominante nos países em desenvolvimento, tal como o Brasil.

Pela noção destacada ao final do parágrafo anterior, o abuso do poder econômico tem o potencial de destruir instituições sociais e políticas<sup>110</sup>, devendo o Estado criar leis para “[...]”

---

<sup>107</sup> A ideia salomônica visada pelo ordoliberalismo está entre defender os indivíduos do poder político ou do governo e do poder econômico ou das instituições econômicas, como os cartéis e preços predatórios, uma vez que os abusos ou arbitrariedades poderia decorrer tanto do poder privado quanto do poder público (FELICE; VATIERO, 2014, p. 149-150).

<sup>108</sup> Em texto anterior no qual se refere ao ordoliberalismo como OL, Vatiéro já havia esclarecido e ampliado o escopo meio da concorrência: “como resultado, para OL a liberdade individual é assegurada pela minimização da sujeição tanto ao poder privado quanto ao público. OL saudou a competição como o ‘novo Prometeu que criaria riqueza, diminuiria a pobreza, reduziria as distinções de classe e garantiria a liberdade’” (VATIERO, 2010, p. 690, tradução nossa). “As a result, for OL individual freedom is secured by the minimisation of subjection to both private and public power. OL hailed competition as the ‘new Prometheus that would create wealth, diminish poverty, reduce class distinctions and secure freedom’” (VATIERO, 2010, p. 690).

<sup>109</sup> Essa constituição é bastante caracterizada em Vatiéro (2010, p. 701-706). Na explicação de Andrade (2014, p. 84), a **constituição econômica** é o conjunto (ordem) de normas jurídicas que representam uma decisão política sobre a economia; conjunto, portanto, de normas que possuem impacto sobre o fenômeno econômico”.

<sup>110</sup> Explicando a visão do ordoliberalismo (OL) sobre os perigos oferecidos à democracia pelo poder econômico, “OL diz respeito ao fato de que, se o Estado não tomar medidas ativas para fomentar a concorrência, surgirão empresas com poder monopolista (ou oligopolista), o que não só subverterá as vantagens oferecidas pela economia de mercado, mas também possivelmente minará a própria democracia, já que poder econômico forte pode ser transformado em poder político, como no novo feudalismo” (VATIERO, 2010, p. 706, tradução nossa). “OL concerns the fact that if the state does not take active measures to foster competition, firms with monopolistic (or oligopolistic) power will emerge, which will not only subvert the advantages offered by the market economy but also possibly undermine democracy itself, as strong economic power can be transformed into political power, ie a new feudalismo” (VATIERO, 2010, p. 706).

manter um nível saudável de competição por meio de medidas que sigam os princípios de mercado (Ordo)” (FELICE; VATIERO, 2014, p. 156, tradução nossa)<sup>111</sup>. Dessa maneira, a Escola Ordoliberal vê que o mercado exige uma “intervenção político-jurídica” para que haja um nível de “concorrência completa” (ANDRADE, 2016, p. 84-85). Como a concorrência seria “essência da economia e não somente instrumento para controlar abusos” (ANDRADE, 2016, p. 85) e seria a chave “para uma sociedade próspera, livre e equitativa” (ANDRADE, 2016, p. 88), “[...] o direito da concorrência é o meio mais importante para proteger uma economia (social) de mercado” (FELICE; VATIERO, 2014, p. 156, tradução nossa)<sup>112</sup>.

No que tange ao abuso de posição dominante ou à estratégia dominante no mercado, o ordoliberalismo a conceitua como o uso do poder de mercado para conseguir uma vantagem competitiva fora da competição com mérito (“*competition on the merits*”), tendo efeitos substanciais na estrutura da concorrência” (VATIERO, 2010, p. 695). Sua compreensão parte da ideia de competição para Adam Smith por meio do atendimento do interesse próprio em prejuízo do rival (“*self-interest*”). Esta compreensão ainda é complementada pela ideia de competição para Veblen por meio do intuito de prejudicar o rival, uma vez que o agente econômico pode adotar uma estratégia de preservação do seu poder a depender das variáveis (“*payoffs*”) em jogo para mercados imperfeitos<sup>113</sup> (VATIERO, 2010, p. 690-696). Portanto, a eficiência crua não pode conduzir as decisões das autoridades concorrenciais sem considerar outros interesses ou preferências individuais, as quais podem ser prejudiciais à concorrência na essência delas.

Diante deste cenário, seria necessário um terceiro agente para remediar e evitar o abuso de posição dominante que no limite geraria um acúmulo de poder pela teoria do *path*

<sup>111</sup> “[...] maintain healthy level of competition through measures that adhere to market principles (Ordo)” (FELICE; VATIERO, 2014, p. 156).

<sup>112</sup> “[...] competition law is the most important means to protect a (social) market economy” (FELICE; VATIERO, 2014, p. 156).

<sup>113</sup> Em termos mais concretos no tocante às *market-dominating firms* (MDF), “neste mecanismo, podemos distinguir dois aspectos de poder: o conceito de poder de exploração, que descreve o nível de poder entre um agente poderoso e sua contraparte vertical (por exemplo, um MDF e seu fornecedor ou um MDF e seus clientes), e o conceito de poder excludente, que descreve o nível de poder entre um agente poderoso e seu concorrente horizontal (por exemplo, um MDF e seus concorrentes). Essa distinção nos permite ilustrar dois tipos de abuso de poder: abuso exploratório, que diz respeito a práticas sobre fornecedores e compradores para obter lucros extras, oferecendo preços de troca altos e baixos, respectivamente; e o abuso excludente, que diz respeito a práticas que não permitem a um concorrente a oportunidade de competir” (VATIERO, 2010, p. 697-698, tradução nossa). “In this mechanism, we can distinguish two aspects of power: the concept of exploitative power, which describes the level of power between a powerful agente and its vertical counterpart (eg an MDF and its supplier or an MDF and its clients), and the concept of exclusionary power, which describes the level of power between a powerful agent and its horizontal competitor (eg an MDF and its competitors). This distinction allows us to illustrate two types of abuse of power: exploitative abuse, which regards practices over suppliers and buyers for extracting extra profits, offering low and high exchange prices, respectively; and exclusionary abuse, which regards practices that do not allow a competitor the opportunity to compete” (VATIERO, 2010, p. 697-698).

*dependence*, isto é, de incentivos à manutenção e criação de poder. Esse terceiro agente precisaria conseguir fazer frente à acumulação de poder a fim de criar uma ordem (VATIERO, 2010, p. 696-698), cuja perspectiva basilar seria a interdependência entre ordem jurídica e econômica (ANDRADE, 2014, p. 87).

Somente com esta ordem (*ordo*) imprimida por um Estado forte seria possível enfrentar uma cartelização ou monopolização da economia, garantindo as regras livres de mercado (VATIERO, 2010, p. 699-701). De outro lado, muito poder político conduz ao totalitarismo, o que precisaria ser controlado não com um modelo no qual poder político e econômico são desconsiderados, mas com um no qual ambos são tratados como relevantes de sorte que não possam subjugar outros congêneres ou se subjugar (VATIERO, 2010, p. 699-701).

Em suma, “a concorrência completa é uma ordem social e economicamente eficiente, ou seja, eficiente e justa, conectando o econômico com os outros valores da sociedade” (ANDRADE, 2016, p. 89). Manifestamente, o valor da liberdade individual norteia o objetivo da concorrência na Escola Ordoliberal como fim absoluto, embora não desconsidere seus laços com as questões sociais. Com isso, a eficiência não pode ignorar as necessidades sociais nem passar por cima do regime político, devendo as instituições resistirem ao abuso do poder econômico.

## **2.4 Escola Austríaca**

Em sua pesquisa síntese das ideias econômicas, Andrade (2014, p. 93) ensina que “o pensamento econômico austríaco possui enorme relevância no debate sobre *law and economics* e, especificamente, sobre o direito concorrencial”. Relacionado com os estudos ordoliberais acerca do papel do Estado na concorrência de mercado, a Escola Austríaca mantém a preocupação com a concorrência de mercado, entretanto entende como desnecessária ou prejudicial qualquer papel ativo do Estado. Assim, seria melhor que o próprio mercado cuidasse da concorrência (ANDRADE, 2014, p. 95).

Esta oposição ao papel do Estado no mercado decorreria de duas razões básicas: a inevitabilidade de prejuízos econômicos na atuação estatal e a maior capacidade do mercado para lidar com informações econômicas (IKEDA, 2002).

Nesse sentido, Armentano, um dos expoentes atuais desta escola, exprime inicialmente que “todas as leis antitruste e todas as autoridades do órgão de fiscalização devem ser sumariamente revogadas. O aparato antitruste não pode ser reformado; deve ser abolido”

(ARMENTANO, 2007, p. vii, tradução nossa)<sup>114</sup>. Ao longo do seu livro para descrição da história do antitruste, ele se pauta pela inexistência de fundamentos teóricos ou empíricos para o emprego do antitruste pelo Estado<sup>115</sup>, mesmo diante de acordos horizontais e verticais entre privados (ARMENTANO, 2007, p. 31-106). Então, no último capítulo lança razões de natureza política para a revogação<sup>116</sup> da regulação antitruste com base na liberdade e na eficiência social (ARMENTANO, 2007, p. 99-106).

Desde o início, Armentano critica a política antitruste por ser uma regulação para os interesses específicos dos operadores antitruste e por constituir um planejamento industrial do governo, então ele foca seu livro em questionar seus fundamentos, quais sejam, as teorias de competição e de monopólio empregadas para explicar as falhas do mercado. Para isto, ele pressupõe como problema econômico e conseqüentemente concorrencial o processo competitivo de descoberta e de ajuste em face da oferta e da demanda dos mercados com suas informações imperfeitas e seus desequilíbrios de custos e de preços<sup>117</sup> (ARMENTANO, 2007, p. 31-35).

---

<sup>114</sup> ““All of the antitrust laws and all of the enforcement agency authority should be summarily repealed. The antitrust apparatus cannot be reformed; it must be abolished” (ARMENTANO, 2007, p. vii).

<sup>115</sup> No que se refere aos fundamentos teóricos, ele diz que 1) as leis não compreendem que competição é um processo de descoberta e ajuste com rivalidade e cooperação num mercado livre de regulação; 2) a história da regulação antitruste as leis protegem firmas ineficientes e impedem preços menores; 3) algumas leis restringem a rivalidade de preço em prol da competição; 4) a restrição de fusões restringe o processo competitivo; 5) leis antitruste, como toda regulação governamental, faz a economia menos eficiente; 6) a presunção de que os reguladores têm informações sobre custos sociais, benefícios sociais e eficiência, não disponíveis no mercado livre, está errada; e 7) as leis antitruste tem sido impostas arbitrariamente, violam noções tradicionais de devido processo legal e sempre interferem nas propriedades e na confiança de fazer ou não um negócio (ARMENTANO, 2007, p. 17-19). No tocante aos fundamentos empíricos, ele rebate a defesa do interesse público do antitruste, 1) criticando os modelos teóricos de competição e de monopólio usados pela política antitruste e 2) estudando as condutas e performances das empresas submetidas ao antitruste em termos de produção e preços (ARMENTANO, 2007, p. 22). Com seu tom satírico, Armentano conclui com foco no caso da Microsoft do final do século XX: “O segredinho sujo do antitruste é que as leis têm sido empregadas de forma consistente para impedir organizações empresariais de sucesso e proteger seus rivais menos eficientes” (ARMENTANO, 2007, p. 12, tradução nossa). “Antitrust's dirty little secret is that the laws have been employed consistently to hamper successful business organizations and protect their less efficient rivals” (ARMENTANO, 2007, p. 12).

<sup>116</sup> Armentano termina seu livro com o seguinte parágrafo: “o caso econômico e normativo para a abolição da lei antitruste é impressionante. A lei parece ter perdido toda a sua reivindicação de legitimidade. O ônus da prova agora recai sobre aqueles que pretendem manter ou reformar a legislação antitruste, para demonstrar por que todas as leis não devem ser revogadas” (ARMENTANO, 2007, p. 106, tradução nossa). “The economic and normative case for the abolition of antitrust law is impressive. The law appears to have lost all of its claim to legitimacy. The burden of proof is now on those who would retain or reform antitrust law, to demonstrate why all the laws should not be repealed” (ARMENTANO, 2007, p. 106).

<sup>117</sup> Pode-se verificar que a liberdade de mercado como manifestação do que é virtuoso e defeituoso num mercado se insere no conceito de concorrência ou de processo competitivo. Apenas os mercados livres seriam geradores de preços livre de forma que preços monopolísticos só existiriam através das restrições estatais (ARMENTANO, 2007, p. 50). É possível identificar uma tautologia no conceito de processo competitivo a partir do conceito de mercado livre no raciocínio do autor, pois o primeiro só existe na presença do segundo, sendo que o segundo pressupõe a abstenção do Estado e o primeiro serve de pressuposto para a conclusão da mesma abstenção. Mais à frente, ele conecta seus conceitos de competição, de processo competitivo, de mercado livre e de eficiência: “se a competição significa o equilíbrio puramente competitivo, então a

Diante das informações imperfeitas e destes desequilíbrios, seriam válidas quaisquer rivalidades e cooperações entre os agentes de mercado, pois os próprios monopólios ou concentrações seria instáveis nestas condições segundo ele (ARMENTANO, 2007, p. 31-39). A validade de toda rivalidade e de toda cooperação decorreria da dificuldade natural de se prever a produção necessária para o equilíbrio de mercado ou de mercado perfeito, bem como da dificuldade de um agente concentrador ou monopolista se manter no mercado com preços supracompetitivos ou predatórios. Além disso apenas os agentes mais eficientes<sup>118</sup> conseguiram criar e manter uma situação de concentração ou monopólio, o que já é defendido pela contemporânea doutrina do direito antitruste para o autor (ARMENTANO, 2007, p. 35-39). Assim, faltaria racionalidade nas teorias e nas evidências para a política antitruste, exceto se ela fosse usada para combater o próprio direito antitruste ou outras barreiras legais<sup>119</sup> (ARMENTANO, 2007, p. 46).

---

competição pode ser inadequadamente restringida pela diferenciação do produto e eficiência do produtor. Mas, como já argumentado, **a competição pura não pode ser um padrão de bem-estar adequado no antitruste: é uma condição de equilíbrio estático sem processo competitivo.** Assume produtos e preferências homogêneas, a existência de fornecedores já empregando a melhor tecnologia e a ausência de erro ou surpresa. **Os recursos são alocados com eficiência em tal mundo, mas apenas porque o modelo simplesmente assume as condições necessárias para um equilíbrio. O verdadeiro processo competitivo é de descoberta e de ajuste; não é um estado estático de relações.** O problema econômico não é alocar recursos de forma eficiente quando tudo é conhecido e constante, mas aprender como alocar e realocar recursos em um mundo incerto e em mudança. [...]. Não se pode esperar que os mercados funcionem perfeitamente, realizem um equilíbrio ou coordenação perfeitos. **Tudo o que se pode razoavelmente esperar é que o processo de livre mercado tenderá para uma solução eficiente, criando continuamente informações e incentivos para realocar recursos de fins menos valiosos para fins mais valiosos, determinados por consumidores**". (ARMENTANO, 2007, p. 53-55, grifos nossos, tradução nossa)". "If competition means the purely competitive equilibrium, then competition can be inappropriately restricted by product differentiation and producer efficiency. But, as already argued, **pure competition cannot be an appropriate welfare standard in antitrust: it is a static equilibrium condition with no competitive process.** It assumes homogeneous products and preferences, the existence of suppliers already employing the best technology, and the absence of error or surprise. **Resources are efficiently allocated in such a world, but only because the model simply assumes the conditions required for an equilibrium. The actual competitive process is one of discovery and adjustment; it is not a static state of affairs.** The economic problem is not one of allocating resources efficiently when everything is known and constant, but of learning how to allocate and reallocate resources in an uncertain and changing world. [...]. Markets cannot be expected to work perfectly, to realize perfect equilibrium or coordination. **All that can be reasonably expected is that the free-market process will tend toward an efficient solution by continually creating information and incentives to reallocate resources from less valuable to more valuable consumer-determined ends.**". (ARMENTANO, 2007, p. 53-55, grifos nossos).

<sup>118</sup> O conceito de eficiência para Armentano é da alocação dos recursos para o uso mais valorado consoante a escolha do consumidor, constituindo inclusive a *social function of the competitive market process* (ARMENTANO, 2007, p. 53).

<sup>119</sup> Quanto às barreiras de entrada não legais, Armentano reflete que não servem para fundamentar a teoria do monopólio e, em decorrência, a intervenção estatal, porque "experiência de negócios, economias de escala, eficiências de publicidade, inovação de produto bem-sucedida e dezenas de outras vantagens competitivas que as organizações de negócios ganham podem inibir a entrada de fornecedores em potencial, mas tais limitações e exclusões não são ineficientes, não prejudicam os consumidores, e, o mais importante, não reduzem a concorrência no mercado" (ARMENTANO, 2007, p. 68, tradução nossa). "Business experience, economies of scale, advertising efficiencies, successful product innovation, and dozens of other competitive advantages that business organizations earn may well inhibit the entry of would-be suppliers, but such limitations and

Para nossa pesquisa, é interessante a consideração de Armentano (2007, p. 83) de que não haveria precisão científica para se determinar um mercado relevante, bem como seria impossível teórica e empiricamente determinar os níveis de concentração de mercado necessários para gerar poder de mercado num mercado relevante. Assim, não seriam racionalmente científicas análises de concentrações e de ilícitos concorrências por meio da *rule of reason* ou de modo *per se*.

## 2.5 Abordagens Pós-Chicago (Nova Economia Institucional e Teoria dos Jogos)

Não é desproposital que sejam chamadas de abordagens pós-Chicago aquelas abordagens que partem das ideias da Escola de Chicago para aceitar a necessidade de uma análise econômica do direito e para desenvolver algumas de suas teorias. Nesses termos, Andrade explica duas abordagens pós-Chicago, a Nova Economia Institucional e a Teoria dos Jogos, na medida em que são unidas pela crítica “[...] ao pensamento hegemônico norte-americano, seja sem abandonar a tradição neoclássica (isto é, em geral rompendo com a parte mais política e normativa da Escola de Chicago), seja buscando alternativas metodologicamente mais ambiciosas” (ANDRADE, 2014, p. 96). Esta também é a conclusão de Posner<sup>120</sup> no capítulo do encontro da Nova Economia Institucional com a Análise Econômica do Direito no seu livro para elaborar material didático acerca desta segunda (POSNER, 1997, p. 428-431).

A Nova Economia Institucional critica a teoria dos preços da Escola de Chicago para chegar a uma “preocupação com o funcionamento das instituições” (ANDRADE, 2014, p. 97). Chama-se Nova Economia Institucional por propor novas ideias com base nas instituições que formam e condicionam o mercado (ANDRADE, 2014, p. 97). A partir dessa análise, passa-se à teoria dos custos de transação, cujo reconhecimento se faz muito presente na análise de questões nas decisões das autoridades concorrenciais, haja vista seu precursor, Coase, ser notoriamente citado em textos de economia e de direito em decorrência de dois artigos específicos, *The Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*.

A teoria dos custos de transação se pauta pela escolha entre fazer ou comprar pela qual passa toda empresa ou firma, ou seja, se arcará com os custos de produzir ela própria ou com os custos de contratar outra empresa ou firma para produzir por ela. Num olhar mais econômico,

---

exclusions are not inefficient, do not injure consumers, and-most importantly-do not reduce competition in the marketplace” (ARMENTANO, 2007, p. 68).

<sup>120</sup> Deve-se adotar cautela a se classificar Posner como da Nova Economia Institucional, pois ele critica fortemente o abandono de todos os pressupostos da microeconomia apesar das suas abstrações não estarem respaldadas pela realidade em todos os casos segundo o próprio Posner (1997, p. 431-432).



“a firma procurará maximizar sua eficiência ao se decidir produzir internamente seus produtos ou obtê-los no mercado, em um juízo de comparação entre custos marginais de produção e custos marginais de aquisição (no mercado)” (ANDRADE, 2014, p. 99).

A análise dos custos de transação enriquece as considerações acerca das falhas de mercado, uma vez que evidencia os problemas de assimetria informacional, oportunismo e racionalidade limitada. Assim, de um lado, a Nova Economia Institucional rejeita certo formalismo econômico<sup>121</sup> (especialmente advindo da economia neoclássica), simbolizado pelo *homo economicus*; e, de outro lado, estuda as instituições (na sua forma mais concreta possível, a exemplo de um órgão regulador ou de uma empresa influente), a fim de lidar com os problemas econômicos (POSNER, 1997, p. 428-431).

No mais, remetemos os leitores para a subseção da Escola de Chicago, onde Posner e Coase são abordados com mais dedicação.

Já a Teoria dos Jogos é definível como um ramo da matemática que visa a demonstrar “estratégias naquelas interações em que o resultado não dependerá apenas da decisão de um único agente e nas quais os agentes estarão envolvidos em situações de ganhos e perdas” (ANDRADE, 2014, p. 101). Criticando uma absoluta confiança nas previsões lançadas por jogos, “devemos lidar com o fato de que a prognose é, em si mesma, um jogo e aqueles que fazem a previsão são, eles próprios, jogadores desse jogo” (ANDRADE, 2014, p. 109).

O famoso Equilíbrio de Nash ocorre quando “a estratégia de um jogador não puder ser melhorada (dada as dos demais)” (ANDRADE, 2014, p. 105), sendo que “o Equilíbrio de Nash não coincide, necessariamente, com a Melhoria de Pareto ou com o Ótimo de Pareto” (ANDRADE, 2014, p. 105). A partir da ideia de competição no mercado como uma interação estratégica entre agentes, a abordagem da teoria dos jogos no direito concorrencial é “ênfaticamente na conduta estratégica das firmas em oposição à estrutura do mercado”<sup>122</sup> (ABAY, 2009, p. 78, tradução nossa). Por isso, acredita-se que “a conduta estratégica das firmas afeta a estrutura e o desempenho da indústria, que o ganho de bem-estar em um mercado é uma questão dessa interação estratégica, e que o papel do governo é definir o escopo e as condições para a interação”<sup>123</sup> (ABAY, 2009, p. 78, tradução nossa).

<sup>121</sup> Para a presente pesquisa, vale o destaque ao enigma entre concorrência de um lado e crescimento e inovação de outro lado, pois a concorrência faria com que empresas perdessem os lucros e desse modo inovassem menos; porém, são vários os estudos que imprimem uma relação diretamente proporcional entre concorrência e inovação (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 12).

<sup>122</sup> “[...] emphasized on the strategic conduct of firms as opposed to the structure of the market [...]” (ABAY, 2009, p. 78).

<sup>123</sup> “[...] believed that the strategic conduct of firms affects the structure and performance of industry, that the welfare gain in a market is a matter of this strategic interaction, and that the role of government is to set the scope and conditions for the interaction” (ABAY, 2009, p. 78).

## 2.6 Movimento Neo-Brandeisiano

O Movimento Neo-Brandeisiano, também denominado de *hipster antitrust*, surge como enfrentamento à Escola de Chicago, cujas teoria estariam tendo predomínio no final do século XX e início do século XXI. Pode-se dizer que esse movimento começa com alguma formalidade em 2017 com Lina Khan na etiqueta de hipster antitruste, retomando-se alegadamente algumas das ideias de Louis Brandeis<sup>124</sup>. Ademais, Wu (2018a) tentou sedimentar os autores que se aproximariam a este movimento pelas críticas fundacionais e pela busca dos objetivos do antitruste perdidos ou deliberadamente descartados.

Pautada então pela oposição à eficiência alocativa como objeto único do direito concorrencial da Escola de Chicago segundo Forgioni, o movimento elenca outros objetivos para valorização: empregabilidade, pequenos negócios, privacidade e democracia (FORGIONI, 2020, p. 248).

Com a pergunta se o direito antitruste deve enfrentar outras questões sociais, políticas e de dados além da eficiência alocativa e do bem-estar do consumidor (bens tradicionais do direito concorrencial), Domingues e Gaban compreendem que esse *hipster antitrust* considera fins sócio-políticos na aplicação do direito antitruste, como o aumento da desigualdade social, questões trabalhistas e concentração do poder político<sup>125</sup> (DOMINGUES; GABAN, 2019, p. 235). Pelo movimento, acredita-se que, além das eficiências e da manutenção do bem-estar do consumidor, os objetivos concorrenciais devem conter aqueles sócio-políticos (DOMINGUES; GABAN, 2019, p. 238).

Assim, o neo-brandeisianismo retira o *consumer welfare approach* (padrão de bem-estar do consumidor) do centro do direito concorrencial, porque entende que sua política econômica é prejudicial à concorrência por incentivar dos monopólios (*trustes*) econômicos e políticos ao considerar apenas o benefício direto ao consumidor. Parece que o *hipster antitruste*

---

<sup>124</sup> É dito “alegadamente”, pois existem críticas de que o movimento hipster antitruste estaria ampliando muitos os objetivos expostos por Brandeis em seus textos e decisões, os quais em grande medida se cingiam a defesa dos pequenos e médios negócios ou a oposição às grandes concentrações econômicas, do que resultava então suas preocupações com os trabalhadores, com influência política e com a privacidade (GUIMARÃES, 2021). É importante pontuar que, entre suas frases mais famosas nos debates para o *Sherman Act* norte-americano, o *Senator* John Sherman disse “se não toleraremos um rei como um poder político, não devemos constituir um rei sobre a produção, o transporte e a venda de qualquer coisa necessária à vida” (HITZIG et al., 2020, p. 2, tradução nossa). “If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessaries of life.” (HITZIG et al., 2020, p. 2).

<sup>125</sup> Segundo Frazão, seriam autores que destacam os efeitos do poder econômico no poder político: Tim Wu, Jonathan Tepper, Denise Hearn, Lina Khan, Zephyr Teachout, Binyamin Appelbaum, Luigi Zingales, Harry First e Thomas Philippon (FRAZÃO, 2020e).

foca na mudança de objetivos concorrenciais num sentido estrito para políticos e sociais (além do bem-estar do consumidor)<sup>126</sup>. De outro lado, a escolha do bem jurídico e do procedimento para evitar concentração do poder econômico ou para a reduzir entra no jogo político propriamente dito, extrapolando a esfera do direito concorrencial.

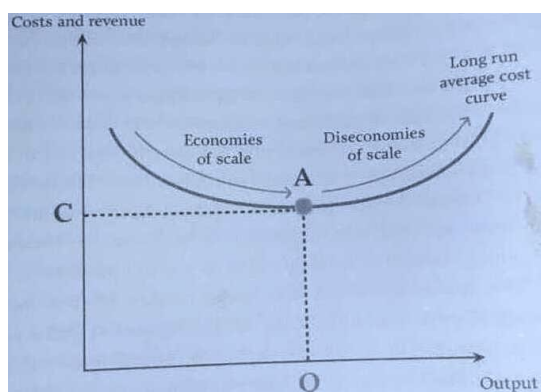
Wu, em livro no qual resume séculos da história do direito antitruste, critica atualmente a capacidade de mensurar o bem-estar do consumidor, que pode ser reduzido meramente a preços ou aos efeitos que certas transações causam nos preços (WU, 2018b, p. 135). Neste livro ainda acerca da maldição da grandeza, ele adota como premissa teórica que a eficiência produtiva (produção) geralmente tem a uma relação em formato de “U” em relação à escala (custos e receita). Com a perda da competitividade, a única maneira de uma concentração econômica se manter no longo prazo seria com abuso do poder econômico ou do seu congênere político<sup>127</sup>. A ilustração da premissa da maldição da grandeza é apresentada da seguinte forma:

---

<sup>126</sup> Outros autores, antes do movimento neo-brandesiano, debruçaram-se nas consequências políticas das concentrações econômicas, a exemplo de Schumpeter no seu clássico livro *Capitalismo, socialismo e democracia*, no qual considera que o sistema de produção vigente trouxe muitos benefícios diante de dados concretos, porém lança sua hipótese de autodestruição devido às consequências políticas e, decerto modo, sociais do capitalismo, bem como por destruir suas bases institucionais da propriedade e da liberdade de contratar. Assim, “a estrutura política de uma nação é profundamente afetada pela eliminação de um conjunto de empresas pequenas e médias de proprietários-gerentes, os quais, juntamente com seus dependentes, prepostos e contatos, pesam quantitativamente nas urnas e dominam o que podemos chamar de classe dos contramestres, o que nenhuma administração de grande empresa poderá fazer. A própria base da propriedade privada e da liberdade de contrato desaparece numa nação na qual os tipos mais vigorosos, mais básicos e mais importantes desaparecem do horizonte moral” (SCHUMPETER, 1961, p. 177). O curioso é que a defesa de grandes empresas com base na impossibilidade pragmática da concorrência perfeita pode ser vista como uma ideia socialista por Schumpeter, já que fulmina uma das bases do capitalismo moderno, considerando diversas situações econômicas e culturais para o socialismo (SCHUMPETER, 1961, p. 196-205).

<sup>127</sup> Acerca deste verdadeiro *tradeoff* entre poder de mercado e eficiência nos atos de concentração, indica-se para consulta o estudo para a história do antitruste dos EUA de Philippon (2019).

Gráfico 2: formato em “U” da eficiência produtiva em face da escala



Fonte: Wu (2018, p. 70).

A partir desta visão negativa, ele propõe a proteção da competição como processo<sup>128</sup> e a limitação da concentração do poder econômico privado dentro da denominada agenda neobrandesiana (WU, 2018b, p. 127-139).

Justamente por conta da proteção da competição como processo e da aversão a avaliações pautadas exclusivamente em medidas de preço, Khan poder ser colocada neste movimento. No famoso artigo *Amazon's Antitrust Paradox*, ela propõe que as análises antitruste ocorram com base em avaliações de estrutura e de processo<sup>129</sup> a fim de se mensurar a neutralidade do processo competitivo e a abertura de mercado (KHAN, 2017, p. 717-746).

No final de 2019 a partir da conferência “A New Future for Antitrust?”, na qual se solicitou rotas elegantes e operacionais para futuro do antitruste, Tim Wu, Lina Khan e Steinbaum escreveram o *Utah Statement* (WU, 2019). Com este documento propositivo, pode-se verificar que os princípios do futuro do antitruste se justificariam 1) no controle democrático da concentração do poder privado; 2) na criação de oportunidades junta da distribuição de riqueza e poder; 3) nas respostas a pressões antidemocráticas e nas restrições de liberdades pelo poder privado; e 4) na resposta a certos desastres econômicos pelo antitruste (WU, 2019).

A doutrina do *Utah Statement* apresenta as seguintes premissas teóricas, na parte importante para o estudo com tradução e síntese nossas: 1) condutas verticais e concentrações verticais não devem ter presunção de benefício ao interesse público; 2) o direito deve presumir a ilicitude de acordos prejudiciais a competição; 3) a doutrina das *essential facilities* deve ser

<sup>128</sup> Wu (2018) nos remete a ideia de neutralidade na rede de negócios, isto é, que deva existir concorrência sem discriminação ao longo das diversas cadeias produtivas, as quais constituíram partes de um processo total da concorrência.

<sup>129</sup> As lentes da estrutura e do processo valoram 1) barreiras de entrada; 2) conflitos de interesse; 3) o surgimento de elos chaves nas cadeias produtivas; 4) o uso e o controle de dados; e 5) as dinâmicas do poder de barganha (KHAN, 2017, p. 746). Essa valorização ocorre 1) em eventuais conflitos de interesse anticoncorrenciais decorrentes da estrutura das empresas; 2) em eventuais vantagens de mercado por alavancagens cruzadas da empresa através de diferentes linhas de negócios; e 3) em eventuais condutas predatórias da empresa a partir da estrutura do mercado (KHAN, 2017, p. 717).

reforçada para empresas dominantes que negam acesso a serviços essenciais de infraestrutura; e 4) deve-se reinstaurar as presunções estruturais no controle de concentrações<sup>130</sup> (WU, 2019).

Por sua vez, a concretização desta teoria é delineada com os seguintes métodos e práticas de *enforcement*, também na parte relevante para o estudo com tradução e síntese nossas: 1) o direito antitruste deve ser criado por meio dos casos, das agências e da legislação; 2) o *enforcement* privado é complementar ao *enforcement* público; 3) monopsonios no mercado de trabalho devem ser tratados com suspeita e contar com um *enforcement* pesado do antitruste; 4) condutas anticompetitivas não devem se sujeitar há um juízo de compensação no qual os benefícios a uma classe ou parte se sobrepõem aos prejuízos a outra classe ou parte; 5) Remédios estruturais devem ser priorizados; 6) evidências claras e convincentes de intenção anticoncorrencial devem ser tomadas com presunção de dano; 7) as concentrações devem contar com análises prospectivas e retrospectivas e análises acerca do *enforcement* concreto; e 8) as definições de mercado relevantes de agências devem receber ratificação judicial<sup>131</sup>. (WU, 2019).

---

<sup>130</sup> Segue a citação de todos os pontos para consulta: “1. Vertical coercion, vertical restraints, and vertical mergers should enjoy no presumption of benefit to the public; 2. By rule or statute, non-compete agreements should be made presumptively unlawful; 3. The Trinko doctrine of implied regulatory preemption should be overruled; 4. The Brooke Group test for predatory pricing and Weyerhaeuser test for predatory bidding should be overruled; 5. The Berkley Photo standard for establishing monopoly leveraging should be restored; 6. The essential facilities doctrine should be reinvigorated for dominant firms that deny access to critical infrastructural services; 7. Structural presumptions in merger review should be restored; 8. The LinkLine doctrine holding that price squeeze allegations fail as standalone Section 2 claims should be overruled; 9. Noerr-Pennington should be overruled and replaced by a First Amendment defense and appropriate statutory protections for workers; and 10. The Clayton Act’s worker exemption should be extended to all who labor for a living, regardless of statutory employment status, for horizontal coordination, collective bargaining, and collective action in service of either” (WU, 2019, p. 1).

<sup>131</sup> Segue a citação de todos os pontos para consulta: “1. It is not true that ‘Congress designed the Sherman Act as a ‘consumer welfare prescription’; 2. Antitrust rules should be created through case development, agency rule-making, and legislation; 3. The States, the laboratories of economic experimentation, are a critical vanguard of enforcement efforts; 4. Private enforcement is a critical complement to public enforcement; 5. The markets for labor — and in particular problems caused by labor market monopsony — should be subject to robust antitrust enforcement, and enforcers should treat business structures that restrict alternatives for or coerce working Americans as suspect; 6. The broad structural concerns expressed by Congress in its enactment of the 1950 Anti-Merger Act, including due concern for the economic and political dangers of excessive industrial concentration, should drive enforcement of Section 7 of the Clayton Act; 7. Anticompetitive conduct harming one party or class should never be justifiable by offsetting benefits to another party or class. Netting harms and benefits across markets, parties, or classes should not be a method for assessing anticompetitive effects; 8. False negatives should not be preferred over false positives, and the costs of erroneous lack of enforcement should not be discounted or assumed harmless, but given appropriate weight when making enforcement decisions; 9. Structural remedies are to be preferred; 10. Harms demonstrated by clear and convincing evidence or empirical study should never be ignored or discounted based on theories that might predict a lack of harm; 11. Clear and convincing evidence of anti-competitive intent should be taken as a presumptive evidence of harm; 12. Mergers should be subject to both prospective and retrospective analysis and enforcement practice; and 13. The determination by the antitrust agencies of relevant market definitions should receive judicial deference” (WU, 2019).

Por fim, é importante colocar nesta subseção que o movimento neobrandeisiano está no seu início, logo seus objetivos concorrenciais não se estabilizaram ou sedimentaram ainda no presente momento, recebendo o movimento até mesmo outros nomes, como “Common Carrier” (JASPER, 2021).

## **2.7 Abordagem Brasileira**

Partindo da perspectiva de que cada escola, movimento, ou abordagem acima foi forjada com base em objetivos concorrenciais eleitos pelas doutrinas, pelas decisões judiciais e pelas legislações, pode-se falar numa Abordagem Brasileira a partir de alguma singularidade existente no direito concorrencial brasileiro. Esses objetivos concorrenciais são os interesses ou bens jurídicos mediatos tutelados pelas autoridades a partir da legislação antitruste em vista da livre-concorrência, o interesse ou bem jurídico imediato tutelado pelo direito concorrencial.

A Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) brasileiro, lei nº 12.529/11, dispõe em seu primeiro artigo que a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica serão orientadas “pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Na faceta preventiva da lei, o art. 88, § 5º, estipula uma proibição:

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

De outro lado, o § 6º do mesmo artigo complementa esta proibição com uma exceção a ela ou uma permissão:

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

I - cumulada ou alternativamente:

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

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

Percebendo que o art. 88 desta lei compreende os objetivos do controle de concentrações, o CADE, em seu Guia para análise de atos de concentração horizontal, destacou que os “ganhos de eficiência” da concentração devem ser avaliados segundo 1) benefícios

prováveis e verificáveis a sociedade; 2) bem-estar do consumidor; 3) eficiências específicas<sup>132</sup>; 4) externalidades.

Ainda em documentos jurídicos sem força vinculante, destaca-se o Documento de Trabalho nº 01/2014 do DEE para os indicadores de concorrência, o qual, por meio de uma revisão de literatura e da jurisprudência do CADE, resume os indicadores para aferir a situação concorrencial do Brasil, os quais giram em torno de característica de mercado, como concentração, barreiras à entrada, mobilidade, inovação, lucro, produtividade e qualidade de produto.

Essa aferição ainda pode se dar por meio de múltiplos métodos, a exemplo de 1) Percentual de concentração de N firmas, 2) Índice Herfindahl-Hirschmann (HHI), 3) Razão entre Importações e Produção, 4) Fatia de mercado das Autoridades Públicas, 5) Variação na parcela de concentração, 6) Variação no HHI, 7) Razão Capital e Custo, 8) Razão de custo de marketing, 9) Razão de Desvantagem de custo, 10) Taxa de entrada, 11) Taxa de abandono de consumidores (*Churn rate*), 12) Taxa de Crescimento da Indústria, 13) Coeficiente de Variância da Concentração, 14) Estabilidade da parcela de mercado, 15) Percentual de P&D dado Custo, 16) Percentual de Patentes, 17) Variação de Preços dentro de um Setor, 18) Paridade do Poder de Compra (PPC), 19) Número de variações de Preço, 20) Retorno dos Ativos, 21) Retorno do Capital Empregado, 22) Retorno do Capital Investido, 23) Retorno do Capital de Terceiros, 24) Retorno das Vendas, 25) Renda residual Bruta, 26) Renda residual Líquida, 27) Variação na Produtividade do Trabalho, 28) Dispersão da Produtividade do Trabalho, 29) Variação na Produtividade Total dos Fatores, 30) Dispersão da Produtividade Total dos Fatores, 31) Reclamações dos Consumidores .

Existe parte da doutrina que compreende como bem jurídico mediato do direito concorrencial brasileiro o consumidor final. Desse modo, o ilícito concorrencial somente se configuraria na hipótese de haver prejuízo à concorrência pela análise do consumidor final (ou à sociedade) conforme Furquim de Azevedo (2021). Apesar da maximização do bem-estar do consumidor, se a tarefa do direito concorrencial brasileiro for o controle de qualquer abuso de poder econômico, é razoável compreender finalidades mais amplas nele para além de medidas

---

<sup>132</sup> Conceituando o guia, “as eficiências específicas à concentração econômica horizontal podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de inovações eficientes de produto ou processo, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório. Estas devem ser consideradas como eficiências quando não puderem ser obtidas no mercado e requererem uma concentração econômica” (CADE, 2016, p. 47).

de preço<sup>133</sup>, como a proteção do *big data* e da privacidade<sup>134</sup> diante de seus efeitos anticoncorrenciais, tal como defende Frazão e Santos (2020).

Forgioni (2020, p. 37-250), por meio de um estudo de investigação histórica do Brasil e dos EUA, exprime que o bem jurídico maior deste é a livre-concorrência com um viés mais preventivo e o nosso é a repressão ao abuso do poder econômico com um viés mais repressivo. Segundo ela (FORGIONI, 2020, p. 250), o abuso do poder econômico é figura central em decorrência do dispositivo constitucional cuja eficácia limitada determina a repressão do “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º). A autora em seguida traça outros objetivos contidos neste objetivo com caráter instrumental da repressão ao abuso do poder econômico que seriam encontrados no art. 36, *caput*, e no art. 88, § 6º.

Desse modo, podem-se elencar como objetivos expressos na legislação concorrencial brasileira 1) o bem-estar do consumidor, 2) a eficiência alocativa, 3) a eficiência produtiva, 4) a eficiência de inovação e 5) um maior número de ofertantes e demandantes nos mercados (FORGIONI, 2020, p. 244-250). Esses objetivos expressamente previstos demonstram o caráter instrumental do controle de concentrações conforme aponta Forgioni (2020, p. 426), eis que são objetivos que podem significar uma maior ou menor restrição das concentrações. Para se decidir em qual grau deve ser sua intervenção, as autoridades concorrenciais observaram em diversos momentos históricos a política industrial do momento (2020, p. 418-442).

Além da abordagem política por trás dos objetivos concorrenciais, percebe-se que é necessário compreender os contratos das empresas ou dos grupos econômicos a partir da função econômica dos contratos. Essa necessidade decorre do fato de os contratos serem blocos formadores dos interesses das grandes construções empresariais. Em outras palavras, faz sentido buscar suas respectivas e particulares funções econômicas se for almejada uma

---

<sup>133</sup> Segundo Frazão e Santos (2020, p. 71), a abertura para se analisar além do preço é dada pelo dispositivo § 7º do art. 88, da Lei nº 12.529/2011, o qual permite ao Cade e estabelece dentro de sua competência, “no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”.

<sup>134</sup> A análise das plataformas digitais a partir da exploração de dados leva à conclusão de que “é por essa razão que os atos de concentrações merecem um exame que leve em conta as particularidades da atual realidade do *big data* e seus impactos jurídicos, tornando necessária a adequação da metodologia tradicionalmente empregada na análise antitruste a fim de assumir tais desafios” (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 67). Continuando com sua argumentação: “o controle do poder econômico como objetivo essencial do direito da concorrência e, evidentemente, refletido na captação de integrações verticais e conglomerados deve incluir a proteção dos interesses dos consumidores para além do aspecto monetário, bem como do próprio processo competitivo, considerando os riscos de um reforço da posição dominante das grandes plataformas digitais, sobretudo para autodeterminação informativa dos titulares. Por essa razão é que vem se considerando a privacidade também como critério concorrencial” (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 73). Para uma análise aprofundada dos dados enquanto critério de competitividade no controle de concentrações, ver “Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência” de Frazão (2019).



intervenção adequada, tal como propõem Forgioni (2021) numa perspectiva geral e Frazão (2017) em perspectiva específica ao longo de suas obras bases do antitruste brasileiro.

Ampliando nossa visão para se enxergar uma função econômica e social da concentração econômica que atinge os pisos legais para a análise do controle de concentrações, verifica-se que os objetivos concorrenciais podem ter matriz “retributiva” consoante apreendido em Salomão Filho (2013, p. 241) quando estuda a obrigação de se repassar os benefícios da concentração aos consumidores. Com princípio retributivo então, quer-se dizer que a concentração econômica que desperte a preocupação das autoridades concorrenciais brasileiras deve oferecer benefícios aos consumidores afetados por ela.

Frazão (2015), em pesquisa na qual contrapõe as eficiências econômicas ao princípio retributivo, demonstra como as análises econômicas indicativas de eficiências devem conter como critério o princípio retributivo no Brasil. Isso implica ir além de fórmulas, gráficos e suposições, devendo-se medir os benefícios diretos aos consumidores (FRAZÃO, 2015, p. 199). Com base neste princípio, “[...] diante de riscos concorrenciais, a operação apenas pode ser aprovada caso haja efeitos positivos, traduzidos na distribuição de benefícios com os consumidores, que possam compensar os efeitos negativos” (FRAZÃO, 2015, p. 187).

Somado ao princípio retributivo, Frazão propõe o princípio da proporcionalidade para garantir que se atendam aos objetivos previstos na lei 12.529/11 (adequação) com a menor intervenção possível (necessidade), devendo os meios justificarem os fins numa análise das consequências possíveis (proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade) (FRAZÃO, 2017, p. 131-132). Conforme conclui Frazão em estudo didático acerca dos requisitos legais para a aprovação dos atos de concentração, “considerando os múltiplos efeitos positivos e negativos que normalmente decorrem dos atos de concentração, o controle de estruturas deve realizar-se por meio do necessário balanceamento entre eles, sempre atentando para os princípios da proporcionalidade e da adequada retribuição” (FRAZÃO, 2017, p. 135).

A função social também é ínsita aos contratos, na medida em que haverá abuso de direito, consoante art. 187 do Código Civil brasileiro, quando “[...] o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os **limites impostos pelo seu fim econômico ou social**, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (CC, grifo nosso). Além da função social dos contratos, deve-se mencionar a função social da propriedade, elevada a direito fundamental (art. 5, XXIII) e a princípio da ordem econômica (art. 170, III) na Constituição Federal.

No paradoxo tropical de Eric Jasper (2019), o autor parte da pergunta acerca de qual finalidade do direito concorrencial para o CADE em vista da hipótese de que a Lei n. 12.529/2011 (estruturante do SBDC) apresentaria muitos objetivos difusos, concluindo pela

inexistência de finalidade primordial expressa. Após uma introdução pelos objetivos concorrenciais dos EUA e da Europa, ele explicita quais seriam os únicos objetivos do Brasil com base na lei do SBDC em seu art. 88, § 6º: “bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e a eficiência econômica” (JASPER, p. 180, 2019).

Entretanto, na jurisprudência do CADE recortada a partir de palavras-chaves ligadas a objetivos do direito da concorrência, bem-estar e eficiência, a pesquisa demonstra pelo menos 14<sup>135</sup> objetivos, incluindo certos “efeitos sociais” e alguma “existência digna”, com uma primazia do objetivo do bem-estar do consumidor (JASPER, p. 182-186, 2019). Diante disso, coexistiram objetivos com natureza social e econômica, como “efeitos sociais” e “existência digna”<sup>136</sup>, mas com prevalência do bem-estar do consumidor.

O resultado da pesquisa de Jasper nos faz questionar se seriam de fato inexistentes objetivos concorrenciais; ou, ao contrário, se existiriam muitos objetivos, citados ao longo da doutrina e da jurisprudência, que poderiam ser objeto de alguma categorização ou classificação para tratamento em termos científicos. Esta segunda hipótese é a que guia os próximos capítulos desta pesquisa acerca da utilidade dos instrumentos concorrenciais pelos objetivos concorrenciais do Brasil e da África do Sul para o controle de concentrações no mercado de compras *online*.

Ora, dificilmente os objetivos concorrenciais brasileiros poderiam ser encarados como *single-pointed*, isto é, como embasados apenas em uma teoria econômica, a qual seria prevalecente sobre as demais de modo que haveria certeza e segurança jurídica ao direito concorrencial (FRAZÃO, 2020a, 2020b, 2020c). Tampouco se pode dizer que o bem-estar do consumidor seria o único objetivo que estas autoridades antitruste poderiam perseguir, além das eficiências (FRAZÃO, 2020d). Com essa crítica, pode-se valer também de análises de outras ciências humanas quando da aplicação dos objetivos concorrenciais brasileiros.

Para a presente pesquisa, compreende-se que há uma função social das concentrações econômicas no Brasil, além da econômica tipicamente narrada. As integrações que despertam

---

<sup>135</sup> São elencados Liberdade de iniciativa; Livre concorrência; Função social da propriedade; Defesa do consumidor; Repressão ao abuso do poder econômico; Maximização de valor econômico ao consumidor; Bem-estar econômico; Bem-estar do consumidor; Proteção da concorrência; Proteção dos mercados; Eficiência; Inovação; Existência digna; Efeitos sociais (JASPER, p. 182-186, 2019).

<sup>136</sup> Essa abordagem mais social da política concorrencial é reproduzida na faceta do controle de condutas também. Em pesquisa monográfica datada de 2017, para examinar as condenações de 1994 à 2017 com classificação destes casos em “essenciais”, “moderadamente relevantes” e “supérfluos”, conforme a afetação da população de baixa renda e os pequenos produtores e empresários pelas condutas investigadas, Macedo de Jesus (2017, p. 7) concluiu que “que 75% das condenações de cartéis pelo CADE dizem respeito a mercados essenciais. Assim, conclui-se que a prática da autoridade da concorrência brasileira atinge principalmente os cartéis essenciais, talvez não de modo consciente e premeditado, mas sim como o resultado das investigações que acabam sendo conduzidas pelo órgão antitruste.

o controle de concentrações podem ocorrer através de fusões e aquisições de propriedade (operações societárias) ou através de contratos (operações contratuais). Ora, se está claro no Direito Civil à luz da Constituição Federal que propriedade e contrato devem respeitar suas funções sociais, por que não haveria uma função social daquilo que é fruto direto da propriedade e do contrato, as concentrações?

Ante o exposto, podemos verificar como um objetivo concorrencial agregador ou gênero para o direito antitruste brasileiro a proporcionalidade e a retributividade com base na função econômica e social da concentração.

## 2.8 Teoria Crítica – Um Novo Referencial

Segundo Boaventura (SANTOS, 1999, p. 9) em estudo para problematização das dificuldades da teoria crítica, esta “tem de começar pela crítica do conhecimento” se quiser alcançar o “conhecimento-emancipação”, isto é, alguma revelação de situações de nomeação que são ocultadas. Em vista desse conhecimento-emancipação, pelo tratamento da teoria crítica como metateoria<sup>137</sup> visto na metodologia da presente pesquisa, é possível verificar um texto ou um conjunto de textos do antitruste em que se faz presente a teoria crítica por verificar potencialidades de emancipação a partir de dominações, como a concentração do poder econômico.

As lentes da teoria crítica são justificáveis, na medida em que possibilitam uma contraposição constante dos postulados das autoridades com as desigualdades sociais e econômicas. Se o direito concorrencial é o direito de controle do poder de mercado por excelência e o mercado é fonte das desigualdades sociais e econômicas, faz sentido aplicar a teoria crítica ao estudo do direito concorrencial. Pretende-se nesta subseção usar algum marco teórico que adote a teoria crítica como metateoria, ainda que sem intenção expressa, no sentido de questionamentos não conformativos com postulados fixados pelas autoridades.

Em estudo no qual se aplica o direito comparado para os objetivos regulatórios das escolas de pensamento, também exploradas na atual pesquisa, a Escola dos Estudos Legais Críticos (figura mais aproximada à teoria crítica aplicada aqui<sup>138</sup>) foca no impacto das estruturas

---

<sup>137</sup> A metateoria da teoria crítica visa a descrever o presente com suas potencialidades de futuro, descrevendo os obstáculos para se cumprir as potencialidades. Assim, a teoria de Glen Weyl se adequa mais a esse objetivo e cumpre os preceitos da teoria crítica.

<sup>138</sup> A teoria crítica do direito confronta o formalismo jurídico, mostrando que o Direito é um fenômeno permeado por interesses e ideologias, servindo e sendo alimentado pelas lógicas de poder, com construções de instituições e formas de controle. Conforme explica um dos expoentes brasileiros desta escola de pensamento jurídico,

legais institucionais na alocação de recursos (ABAY, 2009, p. 80). Como as estruturas legais e institucionais moldam as concentrações econômicas através do direito concorrencial, este ramo do direito pode ser a chave para a emancipação ou calibragem do sistema capitalista existente<sup>139</sup>.

O movimento neo-brandeisiano poderia ser classificado dentro de um antitruste com teoria crítica devido ao seu conhecimento-emancipação proposto em face dos objetivos do bem-estar do consumidor ou das eficiências, objetivos ocultadores da concentração do poder e da maximização do lucro. Entretanto, apesar do amplo espectro político e social dos seus objetivos e dos seus paradigmas defendidos, as respostas mais modificadoras das estruturas econômicas ao encontro de uma maior igualdade no direito concorrencial estão em outros autores, como Eric A. Posner e E. Glen Weyl (2018) no livro *Radical Markets*.

Neste livro, o objetivo dos autores é basicamente propor soluções radicais a mercados radicais a partir de ideias radicais. Os mercados debatidos seriam radicais por serem extremamente imperfeitos<sup>140</sup>. Por sua vez, as ideias seriam radicais por advirem de um conjunto de autores destacados atualmente e pouco lidos em seus próprios tempos nas matérias discutidas. Por fim, as soluções seriam radicais por serem pouco ou nada testadas na prática ainda, por se distanciarem muito do adotado até então e por desafiarem o *status quo*.

Foi tamanha a atenção gerada por este livro que em resposta foi formado o movimento *RadicalxChange*, o qual possui raízes em muitos países (WEYL, 2019), inclusive no Brasil.

---

“antes de nos voltarmos para as implicações construtivas dessa discussão da análise jurídica racionalizadora para a tarefa do pensamento jurídico fora do contexto da atividade jurisdicional, há mais um obstáculo a ser transposto: os descaminhos a que as abordagens modernas mais influentes do direito nos conduzem. Onde quer que a análise jurídica racionalizadora surja, as escolas de teoria jurídica tornam-se suas ideologias operacionais. Assim, nos Estados Unidos, hoje, teorias do processo jurídico, de dever político e de eficiência econômica apresentam propostas alternativas para fundar e aprimorar o vocabulário de políticas públicas e princípios. Já mostrei como, em cada caso, o teórico afirma que parte do esquema racionalizador está lá, já latente, dentro do direito existente e do conhecimento jurídico aceito; e parte deve ser adequadamente acrescentada, ou completada, pelo trabalho de aperfeiçoamento de elaboração racional e retrospectiva. A crítica dessas idéias é mais bem realizada quando se critica seu objeto real – a análise jurídica racionalizadora, melhorada ou não” (UNGER, 2004, p. 148). Acontece que esta é uma escola gênero para o pensamento do direito como um todo e não especificamente para as ideias antitruste. Desse modo, não foi colocada como escola das ideias antitruste da presente seção.

<sup>139</sup> Abay (2009, p. 80) explica sobre a “School of Critical Legal Studies” aplicada aos objetivos da regulação: “ela argumentava que a engenharia social e as reformas liberais não podem alcançar a justiça simplesmente pensando em um sistema capitalista; que a realidade é uma construção cultural e social baseada na ideologia; que as relações jurídicas e econômicas ganhem sentido dentro de uma construção compartilhada da realidade; e, portanto, essa atenção deve ser dada a formas alternativas de pensar sobre estruturas legais e institucionais e seu impacto na alocação de recursos” (ABAY, 2009, p. 80, tradução nossa). “It argued that social engineering and liberal reforms can not attain justice merely by thinking in a capitalistic system; that reality is a cultural and social construct based on ideology; that legal and economic relations become meaningful within a shared construction of reality; and, hence, that attention should be given to alternative ways of thinking about legal and institutional structures and their impact on resource allocation” (ABAY, 2009, p. 80).

<sup>140</sup> Trata-se aqui de uma das falhas de mercado, conhecida como mercados imperfeitos ou mercados não competitivos nos termos já explicados anteriormente na subseção da Escola de Chicago.

Sendo o livro considerado uma “strange beast” por um dos seus próprios autores Glen Weyl, ele questiona que inovações tecnológicas radicais sejam aceitáveis, mas mudanças sociais radicais não o sejam<sup>141</sup> (WEYL, 2019, p. 5). Assim, desde o lançamento do livro dos Mercados radicais, ele tem tentado sedimentar paradigmas ou objetivos para o movimento do RadicalxChange e tem escrito o porquê de não fazer parte de uma das outras posições ou movimentos alternativos já existentes.

Em texto síntese de suas ideias, as questões a serem trabalhadas pelo movimento RadicalxChange são: 1) as problemáticas para se colocar em prática o COST<sup>142</sup>, um sistema de propriedade compartilhada para o mercado imobiliário<sup>143</sup>; tensões políticas para se colocar em prática o *Quadratic voting* para o mercado de votos<sup>144</sup>; desenvolvimento da filosofia do Liberalismo Radical (LR) com suas instituições jurídicas, sociais, morais e políticas (WEYL, 2019, p. 8-10). No tema de nossa pesquisa, a questão mais fundamental proposta é: “O LR pode

---

<sup>141</sup> Esta conclusão vai de encontro a outra um pouco mais antiga do livro “Vícios privados, benefícios públicos?” de que as sociedades evoluíram muito tecnologicamente, todavia mantiveram a moral do período neolítico da humanidade (GIANNETTI, 1993, p. 27-56).

<sup>142</sup> Ele é conceituado no livro: “podemos conceituar um COST como propriedade compartilhada entre a sociedade e o possuidor. Os possuidores tornam-se arrendatários da sociedade. A concessão termina quando um usuário de maior valor aparece, quando a concessão é automaticamente transferida para esse usuário. No entanto, este não é um planejamento central. O governo não define preços, aloca recursos ou designa empregos para as pessoas. De fato, como argumentaremos abaixo, o papel do governo seria mais limitado do que é hoje, porque não haveria necessidade de intervenções discricionárias, como domínio eminente ou propriedade pública no sentido convencional, para resolver problemas de controle e outros problemas relacionados a monopólio. Também haveria muito menos necessidade de impostos governamentais discricionários e com capacidade de distorção para aumentar a receita do Estado. Além disso, o controle de tudo seria radicalmente descentralizado; assim, um COST combina extrema descentralização do poder com socialização parcial da propriedade, mostrando que eles são, talvez surpreendentemente, dois lados da mesma moeda. Longe de criar uma forma de planejamento centralizado, o COST cria um novo tipo de mercado - um mercado flexível de usos, para substituir o antigo mercado com base na propriedade permanente (POSNER; WEYL, 2018, p. 29, tradução nossa). “We can conceptualize a COST as sharing ownership between society and the possessor. Possessors become lessees from society. Their lease terminates when a higher-value user appears, whereupon the lease is automatically transferred to that user. Yet this is not central planning. The government does not set prices, allocate resources, or assign people jobs. Indeed, as we will argue below, the government’s role would be more limited than it is today because there would be no need for discretionary interventions, like eminent domain or public ownership of property in the conventional sense, to solve holdout and other monopoly-related problems. There would also be much less need for distortionary and discretionary government taxes to raise revenue for the state. Furthermore, control of everything would be radically decentralized; a COST thus combines extreme decentralization of power with partial socialization of ownership, showing that they are, perhaps surprisingly, two sides of the same coin. Far from creating a form of centralized planning, the COST creates a new kind of market—a flexible market in uses, to replace the old market based on permanent ownership” (POSNER; WEYL, 2018, p. 29).

<sup>143</sup> Um paralelo com o COST interessante e didático no direito brasileiro pode ser encontrado no instituto do solo criado no direito urbanístico conforme estudo recente (BRUFATTO; MIELE, 2020).

<sup>144</sup> Mecanismo de votos, a partir do qual os votos serão valorados segundo os interesses dos votantes nas matérias objeto de deliberação, podendo alguns votos ter o peso maior que outros votos. Na prática proporciona à população uma forma de se levar em conta o peso dos interesses de cada indivíduo numa votação com várias escolhas, oferecendo um mesmo x número de fichas eleitorais para a dispersão dos interesses de cada eleitor.

eliminar totalmente a lei antitruste ao superar os monopólios? Ou resta um papel para um poder antitruste e compensatório?”<sup>145</sup> (WEYL, 2019, p. 10, tradução nossa).

Em pesquisa síntese de outras empíricas acerca do caráter pernicioso do poder do mercado de trabalho com base nos oligopsônios e monopsônios das empresas, Suresh Naidu, Eric A. Posner e Glen Weyl (2018) concluem que tal poder é ignorado pelas autoridades antitruste a despeito dos prejuízos mediatos e imediatos aos trabalhadores. De fato, essa é uma preocupação pouco justificada na doutrina do direito concorrencial brasileiro e na jurisprudência do CADE, na qual o encontro do direito antitruste com o direito trabalhista ainda é improvável (ATHAYDE; DOMINGUES; SILVA E SOUZA, 2018). Nesse ínterim, eles defendem que “esta assimetria não se justifica nem pela doutrina jurídica nem pela teoria económica, e sugerimos que a aplicação da análise económica dos mercados de produtos regularmente utilizada no escrutínio das fusões pode ser facilmente aplicada ao mercado de trabalho”<sup>146</sup> (NAIDU; POSNER; WEYL, 2018, p. 46, tradução nossa).

Em outro artigo em coautoria sobre a democracia econômica<sup>147</sup> e poder de mercado, os remédios estruturais e comportamentais do antitruste são colocados num dilema aplicável também ao SBDC brasileiro: 1) Ou deixamos os monopólios econômicos crescerem com base na economia de escala definida por eles próprios ou por reguladores tecnocratas; 2) ou colocamos os governos como fonte da economia de escala caso se quebre (*break-ups*) os monopólios (HITZIG et al., 2020, p. 3). Como alternativa a este dilema (HITZIG et al., 2020, p. 3), precisa-se de remédios oferecidos no controle de concentrações capazes de dar voz a consumidores, a trabalhadores e a outros agentes interessados (*stakeholders*)<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> “Can LR entirely eliminate antitrust law by outcompeting monopolies? Or does a role remain for antitrust and countervailing power?” (WEYL, 2019, p. 10).

<sup>146</sup> “[...] this asymmetry is not justified by either legal doctrine or economic theory, and suggest that applying the economic analysis of product markets regularly deployed in the scrutiny of mergers can easily be applied to the labor market” (NAIDU; POSNER; WEYL, 2018, p. 46).

<sup>147</sup> Democracia e economia podem ser termos unidos como no corpo deste texto ou separados. Em vista da separação entre os termos, em pesquisa para verificação de dados de 154 estrado entre 1960 e 2007, leis antitruste têm efeito positivo no PIB *per capita* e no crescimento econômico, mas não há efeito considerável na democracia (PETERSEN, 2011). Esse resultado decorreria de leis antitruste mais voltadas a promover eficiência que prevenir concentração econômica (PETERSEN, 2011). Semelhantemente ao termo democracia econômica, está o termo capitalismo democrático. Uma Estado capitalista que adote a democracia apresenta maiores chances de desenvolver uma legislação antitruste consoante aponta estudo com modelos de hipóteses testáveis para diversos países do mundo (PARAKKAL; BARTZ-MARVEZ, 2013).

<sup>148</sup> As possibilidades destes remédios seriam dados por três balanços: “(i) representação no nível de conselho para as partes interessadas relevantes, como no modelo de co-determinação alemão, com a opção de manter um conselho unitário ou adotar um conselho supervisorio; (ii) um dever fiduciário formal e alteração dos objetivos legais da empresa, como nas propostas para o capitalismo das partes interessadas ou o modelo adotado por corporações de benefícios, mas com mecanismos de *enforcement* adicionais; ou (iii) o direito das contrapartes sobre as quais a empresa detém poder a uma isenção do *enforcement* da concorrência, a fim de que possam interagir coletiva e cooperativamente para contrabalançar o poder da empresa dominante” (HITZIG et al., 2020, p. 4, tradução nossa). “(i) representation at the board level for the relevant stakeholders, as in the German co-

Nesse sentido, caminham Stucke e Steinbaum (2018) e mais tarde Stucke e Ezechri (2020), quando propõem que o direito antitruste deva se preocupar com outros bens jurídicos relacionados a compradores, a consumidores, a produtores e empregados por meio do “effective competition standard” ao invés do “consumer welfare standard”. No seu popular livro, *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, desenvolve-se a tese de que a concorrência pode ser tóxica em alguns casos, devendo os consumidores, as indústrias e os Estados assumirem papéis ativos para uma concorrência nobre, ou seja, uma concorrência em que se extraia o máximo potencial dos concorrentes (STUCKE; EZRACHI, 2020, p. 227-258). Apesar de classificável no neobrandeisianismo, Stucke, em grande medida, dialoga e contribui para a formação do pensamento da teoria crítica aplicada ao antitruste por propor uma participação ativa dos diversos agentes afetados pela concentração.

Abrindo um pouco mais a visão, a internet é posta como uma sociedade da manipulação (não do consenso), pois, “hoje, os gigantes da Internet financiam o contato entre pessoas através da cobrança de terceiros que desejam influenciar aqueles que estão se conectando”<sup>149</sup> (LANIER; WEYL, 2018, p. 3). Essa ideia é um reflexo didático de um artigo de 2009 em que Glen Weyl objetivou uma medição do poder de mercado para mercados com plataformas de múltiplos lados (*multi-sided*). Com ela, ele questionou a tradicional ferramenta

---

determination model, with the options to maintain a unitary board or adopt a supervisory board; (ii) a formal fiduciary duty and amendment of the legal goals of the firm as in the proposals for stakeholder capitalism or the model adopted by benefit corporations but with additional enforcement mechanisms; or (iii) the right of the counterparties over which the firm holds power to an exemption from competition enforcement in order that they may interact collectively and cooperatively to counterbalance the power of the dominant firm” (HITZIG et al., 2020, p. 4). A partir das lições de Glen Weyl e Eric Posner no livro *Radical Markets*, medidas mais extremas e delicadas são debatidas em recente artigo em fase de publicação na *Berkeley Technology Law Journal* por Gal e Petit, no qual eles avaliam três remédios radicais ainda não testados: “compartilhamento obrigatório de aprendizado algorítmico (em vez dos dados em si); subsídio de concorrentes; e desligamentos temporários” (GAL; PETIT, 2021, p. 1, tradução nossa). “Mandatory sharing of algorithmic learning (rather than the data itself); subsidization of competitors; and temporary shutdowns” (GAL; PETIT, 2021, p. 1). Por fim, uma alternativa para a proteção do regime de governo seria criar um sistema imune à democracia a partir das concentrações econômica nos termos propostos por Hartmann (2020, p. 126-127).

<sup>149</sup> “Today, internet giants finance contact between people by charging third parties who wish to influence those who are connecting” (LANIER; WEYL, 2018, p. 3). Negando a elevação do direito à internet aos direitos humanos, Martin Van Staden disserta que “Vint Cerf, considerado um dos pioneiros da Internet, disse que ‘a tecnologia é um viabilizador de direitos, não um direito em si’ (www.nytimes.com, acessado em 29-1-2018). Quando desejamos exercer nosso direito à liberdade de expressão, não pensamos que o governo deva – às custas dos contribuintes – nos fornecer um pódio e uma audiência. Quando pensamos em nosso direito à privacidade, não achamos que o governo deva nos fornecer janelas escuras ou fechaduras para nossos portões. Em vez disso, temos o direito a essas coisas, mas exercer esses direitos continua sendo nossa responsabilidade pessoal” (STADEN, 2018, p. 1, tradução nossa). “Vint Cerf, considered to be one of the pioneers of the Internet, said that ‘technology is an enabler of rights, not a right itself’ (www.nytimes.com, accessed 29-1-2018). When we wish to exercise our right to freedom of expression, we do not think that government must – at taxpayers’ expense – provide us with a podium and an audience. When we think about our right to privacy, we do not think government must provide us with tinted windows or locks for our gates. Instead, we have the right to these things but exercising those rights remains our own, personal responsibility” (STADEN, 2018, p. 1).

dos preços<sup>150</sup> para se medir a concorrência de um mercado e propôs um olhar sobre as taxas de participação nos lados do mercado, uma vez que sem a compreensão do *design* de uma plataforma não há como se compreender seus preços por razões teóricas e empíricas observáveis no artigo (WEYL, 2009).

Pelo exposto, chega-se a um modelo de direito antitruste com o paradigma dos *stakeholders*, tendo seus objetivos voltados a atender aqueles direta e indiretamente interessados pelas atividades econômicas do caso concreto. Assim, numa concentração econômica que despertasse a preocupação das autoridades concorrenciais, seriam necessárias medidas para ouvir e cumprir os interesses econômicos, sociais e políticos dos *stakeholders*. Inevitavelmente, este novo modelo passaria por um fortalecimento dos governos tendo em vista que ele seria meio direto para a influências de interesses terceiros nas concentrações econômicas nascente ou fiscalizador e garantidor dos meios privados para essa influência<sup>151</sup>.

A abordagem proposta neste tópico se propõe a ser inovadora pela aplicação da teoria crítica conforme exposta na metodologia desta pesquisa para o direito concorrencial. Os

---

<sup>150</sup> Isso não significa que a teoria dos preços seja inútil para Weyl, pois ela se aproximaria de uma resposta para o problema da alocação de recursos em vista de um “[...] pequeno conjunto de ‘preços’ suficiente para caracterizar problemas de equilíbrio e otimização de baixa dimensão em sistemas econômicos agregados de alta dimensão” (WEYL, 2014, p. 3, tradução nossa). “[...] small set of ‘prices’ sufficient to characterize low-dimensional equilibrium and optimization problems in high-dimensional aggregate economic systems” (WEYL, 2014, p. 3). Com isso, para Weyl, seria exagerada a marginalização vivida pela teoria dos preços e sua associação diuturna com a Escola de Chicago, sendo útil seu uso e aprimoramento em vários campos específicos, a exemplo de medidas de desigualdade e medidas de elasticidade do rendimento tributável (WEYL, 2014, p. 8-9). Para uma leitura mais aprofundada, que ainda está em apuração pelo presente pesquisador, verificar o texto final dele sobre sua teoria dos preços na *Journal of Economic Literature* (WEYL, 2019).

<sup>151</sup> Sobre a complexidade e o poder dos governos atualmente, menciona-se a conclusão de Stiglitz no seu estudo descritivo para crítica da realidade socioeconômica contemporânea: “o governo é uma das formas mais importantes de trabalharmos juntos. A diferença entre o governo e todas essas outras formas de cooperação é o poder de compulsão: pode forçar pessoas e instituições a não fazer algo (como carregar uma arma que pode levar à morte de seu vizinho e causar outros danos) ou a fazer algo (pagar impostos, para que tenhamos um exército para nos defender). Como em nossa sociedade moderna há tantas maneiras de ajudar e prejudicar uns aos outros, o governo inevitavelmente será grande e complexo. Por causa do “problema do carona” – muitos gostariam de se beneficiar de bens e serviços públicos, desde a proteção militar, policial e contra incêndios, e o conhecimento básico produzido por laboratórios governamentais, até a proteção de nosso meio ambiente, sem pagar sua parte justa dos custos – as contribuições têm que ser compulsórias, ou seja, tem que haver tributação. Decisões sobre o que o governo deve e não deve fazer, como deve fazê-lo e quem deve. o pagamento, portanto, deve ser feito por meio de um processo político” (STIGLITZ, 2019, p. 150, tradução nossa). “Government is one of the most important ways we work together. The difference between government and all these other forms of cooperation is the power of compulsion: it can force people and institutions not to do something (like carrying a gun which could lead to the death of your neighbor and impose other harms) or to do something (pay taxes, so that we have an army to defend us). Because in our modern society there are so many ways we can help and harm each other, government is inevitably going to be large and complex. Because of the “free-rider problem”— so many would like to benefit from publicly provided goods and services, from the military, police and fire protections, and the basic knowledge produced by government laboratories, to the protection of our environment, without paying their fair share of the costs—contributions have to be compulsory, that is, there has to be taxation. Decisions of what the government should and should not do, how it should do it, and who should. pay for it thus have to be made through a political process” (STIGLITZ, 2019, p. 150).



pressupostos teóricos angariados aqui servirão para os próximos capítulo, principalmente nas análises lá demandadas.

## 2.9 Tabela com a Síntese dos Objetivos Concorrenciais

Tabela 1 – Tabela com a Síntese dos Objetivos Concorrenciais

<b>Escolas, movimentos e abordagens</b>	<b>Objetivos sínteses</b>
Harvard (pré-Chicago)	Competição através de um elevado número de ofertantes e demandantes.
Chicago	Eficiências ou bem-estar do consumidor.
Ordoliberal	Menor sujeição ao poder econômico (maior liberdade individual) por meio de um Estado forte.
Austríaca	Inexistentes ou extinção das barreiras legais.
Abordagens Pós-Chicago	Não há objetivos concorrenciais, mas talvez se possa valer de uma oposição aos objetivos propostos pela economia neoclássica refletidos na Escola de Chicago.
Movimento Neo-Brandeisiano	Objetivos sócio-políticos.
Direito Brasileiro	Proporcionalidade e retributividade com base na função econômica e social da concentração
Teoria crítica	Objetivos estruturais com o paradigma dos <i>stakeholders</i>

Fonte: o autor.

### 3 MOLDURA DOS MERCADOS DIGITAIS

A seguir, trata-se da moldura dos mercados digitais, especialmente do mercado de compras *online* neles inserido. Essa moldura se aproxima dos conceitos adotados pelas autoridades concorrenciais da África do Sul e do Brasil embora exista ainda pouca exploração do tema. Com o presente capítulo, visa-se a auxiliar o leitor com uma pintura do mercado de compras *online*, pressuposto nos dois capítulos seguintes, densos em dogmática dos direitos concorrenciais brasileiro e sul-africano.

Este capítulo foi construído com inspiração no método adotado em artigo recente de Filippo Lancieri e de Caio Mario S. Pereira Neto acerca de possíveis *designs* para soluções aos mercados digitais em vista da interação entre antitruste e regulamentação (2021). Essa inspiração foi útil, pois seu método se adequa ao objetivo geral da presente pesquisa ao se constatar que ambas as pesquisas tratam de instrumentos concorrenciais destinados ao controle econômico.

No artigo deles<sup>152</sup>, trabalha-se com antitruste e regulação, no controle repressivo e em muitas jurisdições; enquanto aqui, antitruste, no controle preventivo e em duas jurisdições, a brasileira e a sul-africana (não investigada no artigo em questão). Ainda, eles se pautam, em grande medida, pelos relatórios e decisões das autoridades concorrenciais dos países analisados, assim como ocorre nesta pesquisa.

Notoriamente se pergunta sobre os danos da concentração dos mercados digitais e sobre qual seria a diferença nesta análise para com a realizada em algum mercado tradicional. Acredita-se ser possível responder a estas duas perguntas com uma mesma constatação: a alta dinamicidade atribuída aos mercados digitais implica a alta diferenciação de produto e de mercado, isto é, nas capacidades das empresas em desenvolverem novos produtos ou novos mercados com uma frequência superior à de mercados tradicionais.

Esta constatação, dentro do direito concorrencial, gera preocupações, na medida em que esta infungibilidade constante levanta a bandeira vermelha no controle de concentrações.

---

<sup>152</sup> A partir dos relatórios de várias autoridades antitruste do mundo, os autores objetivaram construir ou modelar o *design* de instituições e institutos para “(i) identificar uma conduta ou uma estrutura de mercado específica que impacte negativamente o bem-estar; (ii) desenhar remédios e (iii) monitorar e adaptar a implementação ao longo do tempo, devem dar mais margem para uma coordenação eficaz das diferentes ações de fiscalização tomadas por ANCs e ARNs” (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2021, p. 51, tradução nossa). “(i) identifying a conduct or a particular market structure that negatively impacts welfare; (ii) designing remedies and (iii) monitoring and adapting implementation over time, should provide more leeway for an effective coordination of the different enforcement actions taken by NCAs and NRAs” (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2021, p. 51).

Concretamente, várias autoridades antitruste relatam a falta de competição em muitos mercados digitais (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2021).

Expliquemos o raciocínio. Esse caráter único de produtos ou de mercados favorece economias com barreiras de entradas<sup>153</sup>, na medida em que a heterogeneidade de produto ou de mercado (frutos da inovação) dificilmente é repetível dada justamente sua especificidade. Além disso, o agente econômico inovador entra num mercado anterior com um bem dificilmente imitável ou cria um mercado novo no qual já possui posição privilegiada<sup>154</sup> no início<sup>155</sup>. Assim, a dinamicidade dos mercados digitais pode decorrer de dois fatores: de criar um mercado novo ou de criar um produto novo<sup>156</sup>.

Por isso, as concentrações que ocorrem nos mercados digitais são normalmente do tipo conglomerado, ou seja, são concentrações por expansão de produto, ou por expansão de mercado, ou por diversificação de mercado e de produto<sup>157</sup>.

Essa dinamicidade ou infungibilidade decorreria de duas características interconectadas: dados e plataformas digitais<sup>158</sup>.

Os dados nos remetem a estruturas e a tecnologias desenvolvidas para coletar, tratar e utilizar cada pequena informação de usuários. Estes dados são ativos essenciais, na medida em

---

<sup>153</sup> Como trazido na introdução da presente dissertação, em resumo “a visão geral é que a combinação de características como efeitos de rede, economias de escala e escopo e o papel dos dados como insumo essencial aumentam significativamente as barreiras à entrada e à expansão de concorrentes em muitos mercados digitais e podem levar à exploração de poder econômico” (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2021, tradução nossa). “The general view is that the combination of characteristics such as network effects, economies of scale and scope and the role of data as an essential input significantly increase barriers to the entry and the expansion of competitors in many digital markets and may lead to the exploitation of economic power” (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2021).

<sup>154</sup> A posição privilegiada de um agente econômico que investe na diferenciação do produto em vista da infungibilidade dos bens, geradora de barreiras de entrada, é explicada em Nusdeo (1977, p. 125).

<sup>155</sup> Esta pedra de toque é observada por Forgioni (2020, p. 284) ao problematizar a impermeabilização do mercado por conta de direitos de propriedade industrial como “uma das maiores (e mais insuperáveis) barreiras à entrada”.

<sup>156</sup> Como destacado na introdução de pesquisa o papel conferido às autoridades antitruste decorre dos possíveis danos concorrenciais acarretados pelo processo de destruição criadora, contudo alguns estudiosos da economia digital dizem que o antitruste seria lento e fraco para encarar os desafios da concorrência nos mercados digitais (GAL; PETIT, 2021, p. 8).

<sup>157</sup> Forgioni (2020, p. 416-418), utiliza esses termos para as espécies de concentrações do tipo conglomerado. Porém, para uma maior aproximação com a ciência da administração, preferimos inverter os sentidos de expansão de produto e de mercado, pois aqui expansão de produto se refere à estratégia de criar novos produtos para mercados existentes anteriormente; enquanto expansão de mercado se refere à estratégia de criar um mercado completamente novo com um produto existente anteriormente. Por fim, a terceira espécie elencada por Forgioni, diversificação ou pura, remete-nos à estratégia de um produto novo para um mercado novo.

<sup>158</sup> No estudo da *Competition Commission* da África do Sul, as plataformas são definidas, tal como se dá pela OCDE, como “[...] um serviço digital que facilita interações entre dois ou mais conjuntos distintos, mas interdependentes de usuários (sejam empresas ou indivíduos) que interagem por meio do serviço via internet” (CC, 2020, p. 16, tradução nossa). “[...] a digital service that facilitates interactions between two or more distinct but interdependent set of users (whether firms or individuals) who interact through the service via the internet” (CC, 2020, p. 16). Como ficará explicado na subseção 3.1, as plataformas digitais são tão essenciais aos mercado de compras *online* que o conceito deste mercado inclui suas plataformas.

que permitem uma redução de preços (ou mesmo a gratuidade) e desse modo determinam os negócios digitais<sup>159</sup>. Quando conceituados pelo termo *big data*, adquirem um sentido com impacto concorrencial, na medida em que traduzem justamente o grande poder que pode decorrer de fontes massivas de dados. O *big data* pode ser caracterizado pelos 6 “Vs” conforme Bagnoli: volume, velocidade, variedade, valor, veracidade e validação (2016, p. 79).

Estes dados servem como insumo ou *input*, ou seja, entram cadeia produtiva e em decorrência servem à economia de escala e à economia de escopo dela<sup>160</sup> (GAL; PETIT, 2021, p. 6). A novidade em face de mercados anteriores seria “a intensidade com que a busca por dados ocorre e o comportamento dos consumidores” (ROCHA, 2019, p. 106)). Devido ao modelo de negócios dos mercados digitais, os dados seriam mais importantes do que em outros mercados, sendo um fator determinante aos mercados digitais para quase todos os relatórios analisados pelo DEE (DEE, 2021, p. 21).

O impacto concorrencial (vantagem competitiva) do *big data* pode ainda ser sentido, visto que sua fonte está nas plataformas digitais, as quais, tais como os dados, podem também ser grandes a depender dos interesses conectados por elas (FRAZÃO, 2019). Devido aos riscos concorrenciais acarretados pelo controle de dados, a análise tradicional do mercado relevante num caso antitruste deve contar com uma investigação adicional acerca da compatibilidade de dados, isto é, quais outros concorrentes possuem acesso aos mesmos dados (BAGNOLI, 2016, p. 79). Assim, pode-se depreender uma força monopolística se apenas um agente econômico possui certos dados relevantes a um mercado. Por isso, na análise do mercado relevante nos mercados digitais, o *big data* se demonstra estrutural<sup>161</sup>, “[...] onde de fato ocorre o processo de

---

<sup>159</sup> Em estudo dedicado à compreensão da dinamicidade própria dos mercados digitais, os dados servem a própria tecnologia, infraestrutura típica destes mercados, e a mercados colaterais, vertical ou horizontalmente integrados (ROCHA, 2019). Portanto, “como dados são os ativos que permitem a oferta de bens e serviços a preço zero, os mercados digitais podem ser chamados de verdadeiros ‘mercados de dados pessoais’” (ROCHA, 2019, p. 106).

<sup>160</sup> Economia de escala pode ser conceituada como obter mais produtos ou serviços com menos insumos ou de modo a maximizar a quantidade de produtos ou serviços (eficiência). De outro lado, a economia de escopo pode ser conceituada como uma diferenciação na cadeia produtiva que leva a uma diferenciação do produto. Assim, apesar de ambas visarem ao aumento do lucro, a primeira se pauta por alterações mais quantitativas enquanto a segunda se pauta por alterações mais qualitativas. Na economia digital, pode-se perceber o poder da economia de escopo justamente pelas infinitas possibilidades de uso e demonstração de uma plataforma digital, o que gera novos serviços, produtos e até mercados. À título de exemplo, peguemos uma plataforma digital de rede social. Esta plataforma, originalmente com o objetivo de comunicação entre pessoas, pode funcionar como espaço de jogos, vídeos, compra e venda, além da publicidade facilmente exposta em sua plataforma.

<sup>161</sup> Bagnoli explica sua proposta estrutural do *big data*: “A estrutura do mercado relevante do *Big data* proposta significa identificar com precisão toda a estrutura de mercado e estimar o poder de mercado dos empreendimentos a fim de analisar o desempenho das empresas no mercado e verificar com mais precisão preocupações concorrenciais como poder de mercado, barreiras à entrada e abusos de dominação” (BAGNOLI, 2016, p. 94, tradução nossa). “The proposed structure of the *Big data* relevant market means to identify with accuracy the whole market structure and estimate the undertakings’ market power in order to analyze the

Big Data, a saber: (i) captura de Big Data; (ii) armazenamento de Big Data; e (iii) análise de Big Data”<sup>162</sup> (BAGNOLI, 2016, p. 94, tradução nossa).

O número de interesses transcende às questões tradicionais dos consumidores, das ofertas ou dos preços para se alcançar uma ordem de interesses transindividuais coexistindo numa única plataforma, como trabalhadores autônomos, empresas de cartões, empresas de logísticas, empresas de tecnologia da informação, empresas concorrentes com a plataformas e claro outras empresas de dados. Essas diversas facetas de interesse em uma plataforma podem ser encaradas como lados consoante artigo precursor de Tirole e Rochet (2003), existindo uma aproximação didática com a figura dos contratos plurilaterais do direito comercial de Tullio Ascarelli e de Waldemar Ferreira (1945, p. 255-312).

Segundo Tirole e Rochet (2003), os mercados com externalidades de rede (os chamados efeitos de rede<sup>163</sup>) são predominantemente mercados de dois lados (*two-sided*). Eles chegam nesta conclusão com base em pesquisa na qual questionam as bases e ideias tradicionais para o estudo de mercados. Seus questionamentos partem de mercados com externalidades de rede, com plataforma, com produtos fortemente complementares e com *multihoming*<sup>164</sup> (TIROLE; ROCHET, 2003, p. 990-993).

A conclusão deles acerca de um mercado com dois lados significa que existe uma separação, a partir da qual deve haver um tratamento distinto entre os lados, quer pelos agentes de mercados, quer pela regulação estatal. Do contrário, haveria uma integração, isto é, um mercado de um único lado cuja oferta encontraria uma demanda, tal qual outros mercados tradicionais (de apenas um lado).

---

performance of companies in the market and to verify more precisely competition concerns as market power, barriers to entrance and abuses of dominance” (BAGNOLI, 2016, p. 94).

<sup>162</sup> “[...] where in fact the process of Big Data actually occurs, namely: (i) Big Data capture; (ii) Big Data storage; and (iii) Big Data analytics” (BAGNOLI, 2016, p. 94).

<sup>163</sup> Gal e Petit (2021, p.6) explicam os efeitos de rede nos mercados digitais nos quais os efeitos de rede seriam mais intensos do que em mercados tradicionais a partir da relação diretamente proporcional entre os lados de uma plataforma digital: “efeitos de rede são benefícios do lado da demanda que existem quando o valor para um novo usuário da adoção de um serviço aumenta de acordo com o número de usuários que já o adotaram” (GAL; PETIT, 2021, p. 6, tradução nossa). “Network effects are demand-side benefits that exist when the value to a new user from adopting a service increases in line with the number of users who have already adopted it” (GAL; PETIT, 2021, p. 6).

<sup>164</sup> O *multihoming* pode ser conceituado sob duas perspectivas, a dos consumidores e a das empresas. Sob a perspectiva dos consumidores, *multihoming* é poder acessar muitos produtos ou serviços com poucas procuras, poucos passos, ou poucos cliques. Sob a perspectiva das empresas, *multihoming* é poder competir com outras empresas do mesmo mercado ou de mercados diferentes com poucas procuras, poucos passos, ou poucos cliques. Como se pode perceber, os mercados digitais estão mais relacionados com a perspectiva dos consumidores para *multihoming*, tendo como exemplo concreto um celular com muitos aplicativos de *marketplace* instalados. Com esta conceituação, pode-se verificar que uma concentração em um mercado digital gera diminuição do *multihoming* para os consumidores e um aumento do *multihoming* para as empresas.

A razão pela qual os mercados com efeitos de rede são considerados como mercados de dois lados (e não de um lado) é a improbabilidade de haver subsídio cruzado entre os lados da plataforma em decorrência da dificuldade de coordenação das transações, a existência de custos fixos intransferíveis (*sunk costs*) e da ausência de custos de transação transferíveis ao longo da rede (TIROLE; ROCHET, 2003, p. 1017-1020). Nesse sentido, o CADE fixou em 2016: “o que define um mercado de dois lados não é unicamente o fato de se ter uma plataforma que conecte os dois usuários finais, mas principalmente a relação do volume total de transações com a estrutura de preços, ou seja, como o preço é dividido entre os dois usuários finais” (CADE, 2016, p. 51).

Curiosamente, estas características estudadas por Tirole e Rochet são aquelas notoriamente difundidas dos mercados digitais atualmente<sup>165</sup>, adicionando-se apenas o *big data* que não foi discutida no artigo em questão (TIROLE; ROCHET, 2003).

Os dados *a priori* considerados pela sua grande massa nos dias de hoje, mas podendo receber tratamento posteriormente para utilização, formam outra característica bastante difundida dos mercados digitais. Conforme relatório do DEE para a economia digital (DEE, 2020, p. 13-14), este tratamento de dados num mercado digital implica uma potencialização dos efeitos de rede, das economias de escala e das economias de escopo.

Continuando no relatório do DEE para fins de conceituação dos mercados digitais, ele aparenta não se pautar por uma definição que distinguiria os mercados digitais de outros mercados por apresentar características totalmente novas (DEE, 2020, p. 12-18). Assim, filia-se a uma posição a partir da qual diversas características existentes em outros mercados seriam juntadas nos mercados digitais de maneira apenas então única (DEE, 2020, p. 12-18).

Com isso, uma análise de mercados digitais deveria recair sobre plataformas, efeitos de rede, economia de escala, economia de escopo, *multihoming* e dados (DEE, 2020, p. 11-13). Ele fala ainda em uma tendência deles em possuir *tipping effects*, “isso é, em determinado momento a confluência destes fatores tende a rapidamente concentrar o mercado em um único agente ultradominante” (DEE, 2020, p. 14). Essa propensão à concentração faz com que o CADE afirme a importância do controle de concentrações nos mercados digitais e se debruce sobre alguns de seus desafios<sup>166</sup> (CADE, 2021, p. 10).

---

<sup>165</sup> O primeiro conceito que aparece no relatório do CADE para concorrência nos mercados digitais é justamente este: “de um modo geral, estas empresas são vistas como intermediários que conectam dois ou mais grupos de usuários e se beneficiam de efeitos de rede diretos e indiretos” (DEE, 2020, p. 12).

<sup>166</sup> Os desafios são então sintetizados pelo CADE: “também serão enfrentados desafios mais genéricos, que são apresentados pelas especificidades presentes nos mercados digitais, tais como determinar como intervir em mercados tão dinâmicos; a forma de estimar os efeitos de longo prazo da intervenção da política de concorrência; a forma de adaptar medidas que sejam adequadas às especificidades das plataformas; a maneira

Nesta seara dos mercados digitais, o CADE destacou recentemente a essencialidade das plataformas para os “ecossistemas digitais” com um relatório dedicado a elas (2021), como se fosse uma existência orgânica própria com um ciclo natural de criação, sobrevivência e extinção. No relatório, são características das plataformas digitais: 1) efeitos de rede positivos diretos; 2) efeitos de rede positivos indiretos; 3) subsídio cruzado; 4) escala sem massa; 5) baixo custo marginal; 7) possibilidade de atrair clientes do mundo todo; 8) economia de escala e escopo; 9) geração e uso de dados do usuário; 10) inovação disruptiva; 11) custos de troca; 12) “Winner take all” ou “winner take most” (CADE, 2021, p. 11-15).

No relatório da *Competition Commission* da África do Sul para *Competition in the digital economy* (2020, p. 14-15), as principais características da economia digital que exigem olhares diferentes daqueles adotados na economia tradicional são: 1) inovação rápida e responsiva; 2) concentração decorrente de vantagem do pioneiro, da acumulação de dados, dos efeitos de rede e de práticas exclusionárias típicas destes mercados, como *self-preferencing*, *killer acquisitions* e cláusulas MFN<sup>167</sup>; 3) consumidores bem informados; e 4) alta mutabilidade das estratégias econômicas. A inovação rápida decorre dos usos conferidos aos dados e às plataformas digitais.

As plataformas digitais neste relatório possuem as seguintes características: 1) inovação disruptiva; 2) efeitos de redes; 3) subsídios cruzados; 4) geração de dados; 5) vencedor levar tudo ou a maioria; 6) custos de mudança; e 7) alcance global (CC, 2020, p. 17-18). Sendo indissociáveis das plataformas digitais, os dados podem levar a fusões e aquisições para 1) aumento da habilidade do processamento de dados; 2) fechamento de mercado em integrações verticais; e 3) combinação de diferentes bancos de dados.

No CADE, houve 143 concentrações decididas nos mercados digitais entre 1995 e 2020, das quais 140 obtiveram aprovações sem restrições, 2 obtiveram aprovações com acordo em controle de concentração ou termo de compromisso de desempenho, e 1 obteve o arquivamento por desistência dos requerentes (CADE, 2021, p. 21). Ainda dentro do CADE, dos 143 casos, aproximadamente 20% dizem respeito ao varejo *online*, posicionando este mercado atrás apenas do mercado de publicidade (36%) em termos de quantidade de atos submetidos (CADE, 2021, p. 19). Porém, intrigantemente não foi observado algum caso

---

de se lidar e identificar as práticas de exclusão por abuso de posição dominante devido à concentração de dados; a forma de lidar com o tratamento discriminatório com base nos dados dos usuários e tecnologias de criação de perfil; como lidar com o conluio algorítmico e restrições verticais no comércio eletrônico; e como coordenar a relação entre privacidade e política de concorrência” (CADE, 2021, p. 133).

<sup>167</sup> Para explicações sucintas e didáticas destas três práticas, ler o relatório final da Comissão Europeia de 2019, “Competition Policy for the digital era” (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

relevante no varejo *online* no tocante às condutas anticompetitivas, sendo observado que “a maioria envolve os segmentos de busca, comparação de preços e publicidade online (37,50%) e aplicativos de intermediação de transporte de passageiros (31,25%)” (CADE, 2021, p. 132).

Os casos desta jurisdição que obtiveram aprovação com restrições foram 1) a aquisição de ações pelo Itaú Unibanco S/A. de XP Investimentos S/A. no processo 08700.004431/2017-16; e 2) a aquisição de controle pelo Grupo SBF S.A. de Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda no processo 08700.000627/2020-37. As restrições da primeira concentração focaram nas preocupações concorrenciais com a integração vertical, determinando o ACC (Acordo em Controle de Concentrações) que não houvesse discriminação ou fechamento de mercado por alguma das partes em face de concorrentes da outra parte e vice-versa (CADE, 2021, p. 97-98). Já as restrições da segunda concentração focaram igualmente nos efeitos verticais resultantes de modo que o ACC determinou medidas para impedir discriminações anticompetitivas de clientes da Nike e o acesso informações sensíveis de concorrentes pela SBF (CADE, 2021, p. 101-102).

No seu âmbito, o sistema concorrencial da África do Sul teve 87 concentrações notificadas nos mercados digitais entre 2011-2018, das quais 82 foram aprovadas sem condições e 5 foram aprovadas com condições de interesse público, sem qualquer condição de natureza substancialmente concorrencial (CC, 2020, p. 5). Em março de 2020, houve a primeira proibição de uma concentração no caso MIH/WeBuyCars por questões substancialmente concorrenciais (CC, 2020, p. 5), analisada com pormenor no capítulo quinto desta dissertação.

Ora, *a priori*, é possível encarar que as autoridades concorrenciais da África do Sul preferiram questões de interesse público, como empregabilidade, às questões substancialmente concorrenciais, como eficiência, diante dos casos da economia digital. Sob esse prisma, nossa hipótese de que os instrumentos concorrenciais dos objetivos concorrenciais seriam insuficientes se demonstraria errada. Todavia, precisamos testar efetivamente esta hipótese nos dois capítulos seguintes através da aplicação dos métodos do direito comparado e do estudo de caso para os objetivos concorrenciais.

É claro que o direito concorrencial é sobre mercados, especialmente sobre as falhas de mercados. O capítulo segundo desta pesquisa percorreu alguns dos momentos do direito concorrencial justamente para regular essas falhas. Uma outra forma de se conceituar o direito concorrencial seria como direito econômico ou dentro do direito econômico. Se o mercado ou



a economia funciona de modo a manter a desigualdade de renda ou o racismo, o Estado pode atuar para o corrigir por meio do direito concorrencial<sup>168</sup>.

Ora, o mercado pode discriminar pessoas pela cor da pele ou pode discriminar salários pela posição da pirâmide social ocupada pela pessoa, então ele pode infligir mais danos às estruturas da desigualdade caso aumente seu poder de mercado. Por isso, o produto barato pode estar justificado em racismo e em baixo salário estruturais.

Considerado o mercado como instituição ou como campo de instituições, aplica-se a ele a teoria do *path dependence* a partir da qual instituições transviadas têm mais dificuldade de seguir normas que alterem o *status quo* e a teoria da advocacia concorrencial através da qual instituições antitruste novas precisam de disseminação da cultura da concorrência. Ademais, se o mercado é agente de discriminação ou desigualdade, faz sentido que o seu direito próprio, o direito concorrencial, atue para tutelar os discriminados ou os desiguais.

Dessa maneira, ao Estado cabe definir os papéis dos mercados na medida em que eles são agentes da economia e dos comportamentos econômicos nela inserido, como os discriminatórios. Nas palavras didáticas de pesquisa comparativa de Fox acerca das normas de direito concorrencial, “a economia é generalizada para se adequar ao caráter dos mercados, tanto em vista de quão bem os mercados funcionam para produzir os bens e serviços que as pessoas desejam e para servir a outros objetivos que os mercados atendem, quanto fornecer um ambiente para empresários tenham sucesso por seus méritos”<sup>169</sup> (FOX, 2016, p. 71, tradução nossa).

Em posse desse panorama, abordamos a moldura do mercado de compras *online* e o mercado relevante com o poder de mercado nos mercados de compras *online*. Após, aplicamos o método da teoria crítica como metateoria a fim de inquirir a insuficiência do cumprimento

---

<sup>168</sup> Fox constata isso em sua pesquisa para verificar como os países em desenvolvimento estão melhor versados para desenvolver novos tipos de regime concorrencial que os países desenvolvidos: “nos países em desenvolvimento, a fundação é totalmente diferente e, em muitos aspectos, é o inverso. Em geral, os mercados não funcionam bem. A maioria das grandes empresas cresceu como entidades estatais com uma abundância de privilégios. Os mercados de capitais funcionam mal e muitas vezes não funcionam para pessoas sem riqueza e conexões. As barreiras à entrada são altas, em parte devido à persistência de monopólios privilegiados. A pobreza severa e a corrupção são a norma. A desigualdade de riqueza, poder e oportunidade econômica é generalizada e muitas vezes reconhecida como a criação de problemas que todas as disciplinas do direito devem abordar. A mobilidade pessoal pode ser quase inexistente” (FOX, 2016, p. 72, tradução nossa). “In developing countries, the foundation is entirely different, and, in many respects, is the converse. In general, markets do not work well. Most major businesses grew up as state-owned entities with an abundance of privileges. Capital markets work poorly and often not at all for people without wealth and connections. Barriers to entry are high, in part due to the persistence of privileged monopolies. Severe poverty and corruption are the norm. Inequality of wealth, power, and economic opportunity is pervasive and often acknowledged as creating problems all disciplines of law must address. Personal mobility may be almost non-existent” (FOX, 2016, p. 72).

<sup>169</sup> “In competition law, economics is generalized to fit the character of the markets, both in view of how well the markets work to produce the goods and services people want and to serve other goals that markets serve, such as to provide an environment for business people to succeed on their merits” Fox (2016, p. 71)

dos objetivos concorrenciais diante das desigualdades sociais e econômicas levantadas ao longo da presente seção e das seções anteriores.

### 3.1 Moldura do Mercado (ou mercados) de Compras *Online*

Nesta parte, serão explorados os textos de Lina Khan e Tim Wu, “The Curse of Bigness” e “Amazon’s Antitrust Paradox”, os quais nos servem de marco teórico de partida tendo em vista que questionam as análises existentes e tradicionalmente adotadas pelas autoridades concorrenciais, principalmente da Escola de Chicago, conforme observado no capítulo segundo desta dissertação.

Wu compreende a força das grandes empresas de tecnologia a partir dos poucos exemplos que aparecem em nossas mentes quando pensamos em pesquisar, comprar e conversar na internet: “de repente, não havia uma dúzia de mecanismos de pesquisa, cada um com uma ideia diferente, mas um mecanismo de pesquisa. Não havia mais centenas de lojas que todos frequentavam, mas uma “loja de tudo”. E evitar o Facebook era tornar-se um eremita digital”<sup>170</sup> (WU, 2018b, p. 121). Segundo Wu (2018, p. 123), em termos concreto de perigo concorrencial (de competência do controle de concentrações), a gigante da tecnologia para compra de produtos, Amazon, obteve 91 aquisições de concorrentes não desafiadas pelas autoridades concorrenciais.

Nesse ínterim, Khan (2017) concebe a Amazon como uma gigante do “online shopping”<sup>171</sup>. Esta empresa conseguiu se expandir em múltiplas linhas de negócio por conta de suas estratégias de inovação, o que deve ser valorizado. Além da venda de produtos próprios, ela serve de plataforma para vendas de outros agentes econômicos<sup>172</sup>. Com isso, acende-se a

<sup>170</sup> Suddenly, there weren’t a dozen search engines, each with a different idea, but one search engine. There were no longer hundreds of stores that everyone went to, but one ‘everything store’. And to avoid Facebook was to make yourself a digital hermit” (WU, 2018b, p. 121).

<sup>171</sup> Além de atuar no varejo *online*, é uma “[...] plataforma de marketing, uma rede de entrega e logística, um serviço de pagamento, um credor de crédito, uma casa de leilões, uma grande editora de livros, uma produtora de televisão e filmes, um designer de moda, um fabricante de hardware e um fornecedor líder de espaço de servidor em nuvem e poder computacional” (KHAN, 2017, p. 713, tradução nossa). “[...] marketing platform, a delivery and logistics network, a payment service, a credit lender, an auction house, a major book publisher, a producer of television and films, a fashion designer, a hardware manufacturer, and a leading provider of cloud server space and computing power” (KHAN, 2017, p. 713).

<sup>172</sup> Problematizando, Khan (2017, p. 754) percebe que as ramificações da Amazon a fazem entrar em potenciais conflitos de interesses, os quais demandam a atenção antitruste. Desse modo, “os varejistas que competem com ela para vender mercadorias também podem usar seus serviços de entrega, por exemplo, e as empresas de mídia que competem com ela para produzir ou comercializar conteúdo também podem usar sua plataforma ou infraestrutura em nuvem. Em um nível básico, esse arranjo cria conflitos de interesse, uma vez que a Amazon está posicionada para favorecer seus próprios produtos em detrimento dos de seus concorrentes” (KHAN, 2017, p. 754, tradução nossa). “The retailers that compete with it to sell goods may also use its delivery services, for example, and the media companies that compete with it to produce or market content may also use its platform

luz vermelha das autoridades concorrenciais, eis que “the thousands of retailers and independent businesses that must ride Amazon's rails to reach market are increasingly dependent on their biggest competitor” (KHAN, 2017, p. 780).

Deixando em evidência os estudos de Khan e Wu, o caso iFood brasileiro demonstra o cuidado que deve ser exigido das autoridades concorrenciais quando controlam as concentrações no mercado de compras *online*. Em 2018, a Superintendência Geral (SG) do CADE recomendou a aprovação da aquisição da Delivery Hero pela iFood com a principal justificativa embasada na rivalidade causada pela entrada de competidores internacionais no mercado brasileiro de entrega de comida *online*, Rappi e Uber Eats.

Porém, em 2021 a Rappi obteve uma medida preventiva na SG em face da iFood em decorrência de possíveis condutas concorrenciais ilícitas, principalmente de fechamento de mercado pelos contratos de exclusividade com os restaurantes. Desacreditando mais na decisão da SG pela aquisição, a Uber Eats declarou em 2022 o encerramento de algumas de suas atividades pelo aplicativo, especialmente aquela conectada com entrega de comida dos restaurantes.

Portanto, fica questionável a decisão da SG da concentração da iFood devido ao enfraquecimento da tese da rivalidade do mercado de compras *online* de comida narrada na nota técnica.

Semelhantemente ao caso iFood no Brasil, o caso da aquisição integral da Kalahari pela Takealot na África do Sul consegue ser ainda mais problemático em vista da parcela declarada pela própria *Competition Commission* ao aprovar a concentração em 2015. Na decisão, constou que a Takealot no cenário pós-concentração, possuiria 70%-90% do mercado das varejistas que atuam apenas *online*. Posteriormente no mesmo ano, a plataforma da Kalahari na web<sup>173</sup> foi desligada permanentemente, sendo que no Twitter da Takealot foi dada a derradeira (e desconcertante) notícia (FIN24, 2015, p. 1): “It's official! <http://kalahari.com> has moved in with <http://takealot.com>”.

Ressalta-se que não foi mencionada a possibilidade de extinção ou descontinuidade das atividades da Kalahari na decisão da Comissão. Apesar da alegação oferecida pela Takealot

---

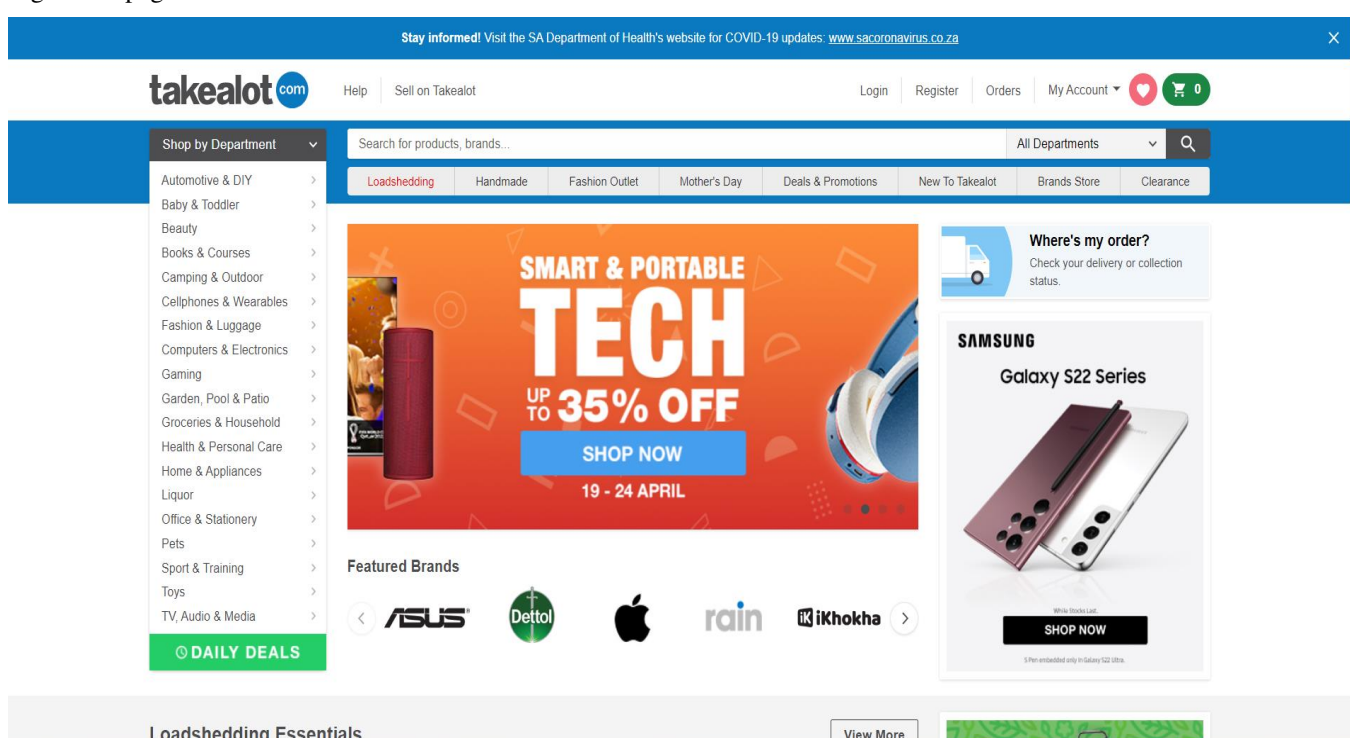
or cloud infrastructure. At a basic level this arrangement creates conflicts of interest, given that Amazon is positioned to favor its own products over those of its competitors” (KHAN, 2017, p. 754).

<sup>173</sup> Comumente denominada de “WWW”, a “World Wide Web designa um sistema de documentos em hipermídia que são interligados e executados na internet (a rede mundial de computadores). Os documentos podem estar na forma de vídeos, sons, hipertextos e imagens” (WORLD..., 2022). O “WWW”, adotado nos diversos navegadores de internet, é apenas uma parte da internet, sendo que outros aplicativos ou softwares, como Microsoft Teams e Microsoft Outlook, não pertencem aos “WWW” embora integrem a internet.

acerca da dificuldade em se manter a marca Kalahari competitiva<sup>174</sup>, pode-se questionar a respeito do outro possível cenário em que não teria ocorrido a concentração. Neste cenário, nunca saberemos se a Kalahari deixaria o mercado de compras *online* na África do Sul. Por isso, torna-se igualmente questionável a decisão da *Competition Commission*.

Para ilustrar a plataforma da Takealot aos leitores que a desconhecem, juntam-se duas telas de seu site na web, a primeira de sua página inicial e a segunda principal caso se pretenda vender no *marketplace*:

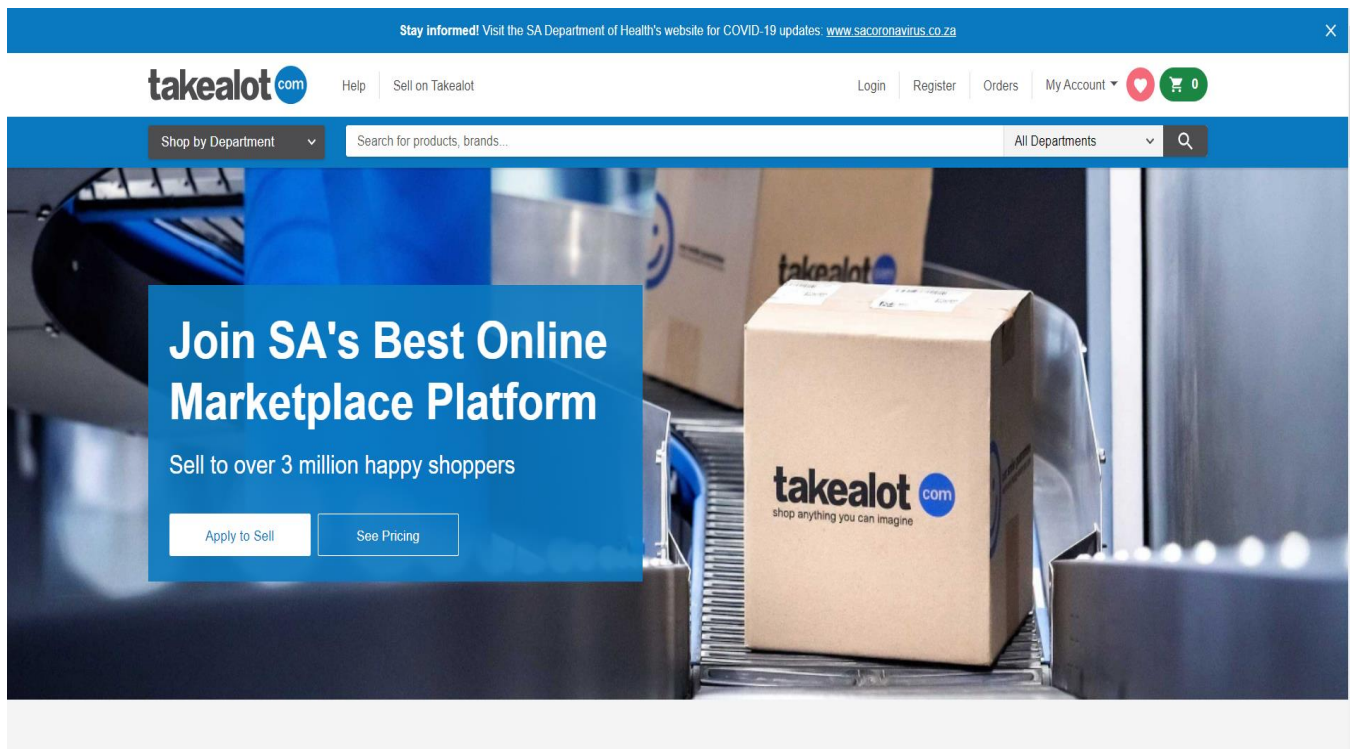
Figura 1 – página inicial do site da Takealot



Fonte: <https://www.takealot.com/>

<sup>174</sup> Conforme a página de notícia BusinessTech sobre as alegações da Takealot, “pode surpreender muitos, mas a takealot.com continua a crescer a um ritmo tremendo e ultrapassou o tráfego do Kalahari em dezembro/janeiro de 2015. A decisão de mudar a marca foi, portanto, baseada em puro impulso”, disse a empresa” (NEWS24WIRE, 2015, p. 1, tradução nossa). “It may surprise many but takealot.com continues to grow at a tremendous rate and passed Kalahari traffic in December/January 2015. The decision to change the brand was therefore one based upon pure momentum,” said the company” (NEWS24WIRE, 2015, p. 1). Além disso, em outra notícia, “os varejistas atribuíram a mudança à incapacidade de competir com empresas físicas e players internacionais como Amazon e Alibaba” (LANCASTER, 2015, p. 1, tradução nossa). “The retailers attributed the move to an inability to compete with brick and mortar companies and international players such as Amazon and Alibaba” (LANCASTER, 2015, p. 1).

Figura 2 – página principal caso se pretenda vender no *marketplace*



Fonte: <https://www.takealot.com/sell>

No contexto da África do Sul, pode-se observar que o estudo da *Competition Commission* adota como conceito de *e-commerce* “[...] o processo de compra e venda de mercadorias online por meio de sites”<sup>175</sup> (CC, 2020, p. 11, tradução nossa). Nos websites ocorre a construção de plataformas, as quais agregaram vários interesses econômico. A função de suas *online shopping platforms* se cingiria a conectar esses interesses: “[...] conectar clientes dispostos a comprar produtos online com fornecedores de produtos dos produtos”<sup>176</sup> (CC, 2020, p. 18, tradução nossa). Seriam seus exemplos neste país “Takealot, Superbalists, Bid or Buy, Zando and Amazon” (CC, 2020, p. 18).

No nosso lado do atlântico, o relatório do CADE compreendeu que o varejo *online*, ao aderir ao modelo de *marketplace*, insere-se na categoria de plataformas digitais (CADE, 2021, p. 28) e, ao nosso ver, insere o mercado de varejo *online* dentro dos mercados digitais. Nesse sentido, “nos precedentes do Conselho que envolveram a análise de vendas *e-commerce* e *marketplace*, o *marketplace* não foi considerado um mercado distinto no comercio eletrônico de forma geral” (CADE, 2021, p. 28). Afinal, “os *marketplaces*, plataformas digitais na sua essência, em 2018, representaram 95% das vendas no varejo online” (CADE, 2021, p. 31).

<sup>175</sup> “[...] the process of buying and selling goods online through websites” (CC, 2020, p. 11).

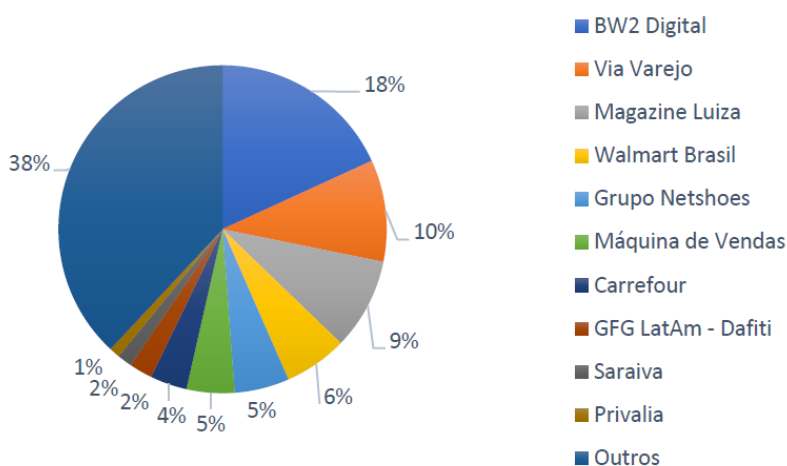
<sup>176</sup> “[...] connect customers willing to buy products online with product suppliers of the products” (CC, 2020, p. 18).

O *marketplace online* em sentido lato é considerado toda empresa que comercialize *online* (CADE, 2021, p. 29), isto é, que atue com algum intermédio de página web ou através de outro mecanismo na internet. Já o *marketplace online* em sentido estrito de modo introspectivo é um modelo de negócio no qual vários interesses são conectados através de plataforma digital, interesses inclusive concorrentes com os da própria plataforma (KESTENBAUM, 2017).

Assim, se a quase totalidade das vendas *online* utilizam algum *marketplace* em sentido lato faz sentido atrelar este modelo de negócio ao mercado de varejo *online* de modo geral para fins de estudo. Essa conclusão encontra respaldo nos relatórios das autoridades concorrenciais do Brasil e da África do Sul, já que o primeiro país menciona dados expressivos do uso das plataformas no mercado de compras *online* e o segundo coloca a compra e venda *online* por meio de website (propriamente de plataforma<sup>177</sup>).

No Brasil de 2017, 5 das maiores empresas do mercado possuíam quase 50% do total dos valores das vendas do varejo *online* (CADE, 2021, p. 30-31):

Gráfico 3 – número de vendas do varejo online por empresa



Fonte: Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo (2018).

<sup>177</sup> É possível compreender que o relatório quis se referir às plataformas em sentido lato por ter mencionado anteriormente o termo *online* genericamente. Referencia-se novamente o trecho do conceito adotado pelas *Competition Commission* para fins de fixação: “o processo de compra e venda de mercadorias **online** por meio de **websites**” (CC, 2020, p. 11, grifos nossos, tradução nossa). “The process of buying and selling goods **online** through **websites**” (CC, 2020, p. 11, grifos nossos). Também não se pode considerar as plataformas apenas na web, na medida em que, em seguida à conceituação de cima, o relatório prossegue com exemplos de aplicativos nesse mercado.

A partir deste quadro, fica claro os poderes e ramificações atrelados a esta parcela da economia digital ao longo das diversas necessidades dos consumidores.

Como auferir as eficiências ou inovações possíveis de justificar uma fusão ou aquisição entre essas empresas? A diminuição de preços seria razão suficiente para isso? Houve consideração de todos os objetivos concorrenciais nos textos das decisões de modo a se auferir os reais dados, incluindo interesses não substancialmente concorrenciais? Qual o impacto das questões de interesse público? Objetivos concorrenciais estão sendo analisados em face da realidade socioeconômica?

Os relatórios apresentados até o momento, pouco conseguem precisar uma regra ou metodologia para a compreensão do poder de mercado e do seu abuso no mercado de compras *online*. Assim, recorre-se nas próximas subseções a ensinamento tradicionais para conferir conceitos introdutórios a leitores iniciantes em vista dos dois capítulos seguintes, objetos centrais da presente pesquisa.

### 3.1.1 Mercado relevante e poder de mercado nos mercados de compras *online*

Requer-se a compreensão dos objetivos concorrenciais para se definir um mercado relevante, na medida em que “o conceito de mercado relevante está diretamente relacionado aos objetivos perseguidos pela política de concorrência” (FORGIONI, 2020, p. 235). Isso se dá, porque o mercado relevante deve exprimir o nível mínimo de concorrência ou competitividade admitido para a configuração de poder e de seu abuso, conceitos abertos que exigem uma escolha política. Como a avaliação da concorrência na legislação passa necessariamente pela verificação do cumprimento dos objetivos concorrenciais, a definição dos objetivos concorrenciais é necessária para a definição do mercado relevante e conseqüentemente da configuração do poder de mercado. Assim, o segundo capítulo da dissertação é premissa da presente subseção.

A partir da conceituação do mercado relevante, depreende-se o conceito de poder de mercado, na medida em que o poder de mercado a ser analisado é apenas aquele exercido no mercado relevante destacado. Sua problemática, por sua vez, traz o conceito de posição monopolística ou dominante. Forgioni (2020, p. 270) compreende posição dominante ou monopolística pelos efeitos nocivos potenciais ou efetivos com sujeição dos atores num mercado, como consumidores e fornecedores, ao poder do agente com posição monopolística ou dominante. Num primeiro olhar pela lei concorrencial brasileira, o sentido ativo de posição dominante ou monopolística foi adotado, pois a identifica se uma empresa ou grupo de

empresas “for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado” (art. 36, § 2º).

De outro lado, sem se cogitar os efeitos nocivos, essa posição resulta na liberdade de seu agente para desconsiderar as existências ou comportamentos dos atores num mercado (FORGIONI, 2020, p. 271). Num segundo olhar pela lei concorrencial brasileira, este sentido passivo de posição dominante ou monopolística também foi adotado, porque ele é identificado se uma empresa ou grupo de empresas “controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante” (art. 36, § 2º) mesmo que por meio de uma presunção relativa.

Nos termos anteriores, o poder de mercado ou econômico, assimilado como poder de mercado dominante ou posição dominante de mercado para o direito da concorrência, poderá estar mais ou menos concentrado. Sendo uma questão de grau de concentração, então podemos analisar a competitividade de um mercado por meio de uma régua descontínua na qual temos em um extremo o monopólio perfeito e no outro a concorrência perfeita<sup>178</sup>.

Feitas estas considerações, comumente se divide o mercado relevante a partir de duas de suas dimensões, a de produto<sup>179</sup> e a de espaço geográfico<sup>180</sup>. Isso serve à análise de onde, como, quando e se poderia haver exercício abusivo de poder de mercado por meio dos agentes econômicos em concentração<sup>181</sup>. Tercio Ferraz Jr., trazendo o critério temporal<sup>182</sup> explica que

<sup>178</sup> Desse modo, “a diferença entre um mercado concentrado e um mercado competitivo é questão apenas de grau” (FORGIONI, 2020, p. 280).

<sup>179</sup> Vale à referência a Possas (1996, p. 13): “note-se que ‘produto’ é uma designação genérica, que pode abranger grupos de produtos; isto é, agregados de produtos não idênticos, mas ‘bons’ substitutos - onde esse grau de substituíbilidade não é previamente determinado, mas deve ser objeto de identificação, por aproximação, pelo procedimento estabelecido na própria definição de mercado relevante”. À análise da substituíbilidade se agrega a análise da elasticidade do produto na qual “um mercado relevante de um produto é o menor mercado do produto para o qual (1) a elasticidade da demanda e (2) a elasticidade da oferta são suficientemente baixas para que uma firma com 100% do mercado possa aumentar lucros reduzindo a produção e aumentando o preço substancialmente acima do nível competitivo” (HOVENKAMP, 1993, p. 107). Assim, pode-se passar por toda sorte de critérios para se definir o conjunto de bens ou serviço de um mercado relevante, como preços, semelhanças físicas e finalísticas, popularidade, publicidade, hábitos e outros de ordem objetiva ou subjetiva do consumidor (FERRAZ JR, 2018).

<sup>180</sup> Em vista de pesquisa jurisprudência no CADE pelo uso das palavras-chave “mercado relevante” e algum produto, Ferraz Jr, Ferraz Jr. (2018, p. 5) leciona que o mercado geográfico ou o alcance de produto “costuma apropriar-se dos conceitos de limite nacional, regional, municipal e, em vista da participação externa, internacional. A noção tem a ver com a capacidade de oferta de produto e serviços dentro de um espaço e seu alcance pelo consumidor”.

<sup>181</sup> Vale novamente a referência a Possas (1996, p. 13): “trata-se de avaliar **preliminarmente** a possibilidade de que a atividade econômica (por exemplo, a indústria) em causa possa vir a dotar-se, em algum nível de agregação de produtos e em alguma área geográfica - que recebem então conjuntamente a designação de “**mercado**” -, de condições técnico-econômicas **estruturais** nas quais o exercício de poder de mercado em termos de preços (e quantidades) seja **logicamente possível**”.

<sup>182</sup> A importância deste critério na análise do mercado relevante é explicada por Ferraz Jr. (2018, p. 3): “este fator confere ao conceito de mercado relevante sua dinamicidade, devendo o intérprete tê-lo em conta ao observar as expectativas de produtores ou fornecedores de serviços e consumidores. Para o estabelecimento de padrões jurídicos, o fator tempo fornece a necessária flexibilização para o correto entendimento do produto relevante, posto que um produto, hoje parcialmente substituível por outro, poderá ser, no futuro, insubstituível por este



os fatores de espaço, de tempo e de produto devem ser “capazes de situar agentes econômicos (uma empresa, um grupo de empresas, fornecedores e consumidores), em sua posição de exercício de poder econômico, em condições de afetar subjetivamente a competitividade” (FERRAZ JR, 2018, p. 2).

Desse modo, as autoridades antitruste se preocuparam com o menor mercado em termos espaciais, temporais e de produtos em que poderia ocorrer o abuso de posição dominante. Nesta porção de mercado, haveria um juízo tendenciosamente<sup>183</sup> negativo no prognóstico do controle de concentrações caso a fusão ou aquisição tivesse efeitos nela.

O CADE, por meio do seu Guia de Análise de Concentração Horizontal (Guia H) lança algumas metodologias de análise dos atos de concentrações horizontais. Apesar de não vinculativas, é razoável acreditar que o órgão se pautará no futuro por ela assim como tem se pautado. Essa metodologia é necessária tendo em vista o leque de bens jurídicos tutelados pela lei antitruste brasileira como já observado nos capítulos anteriores. Em face de prejuízos a um bem jurídico e benefícios a outro, o CADE verificará o resultado líquido ou efeito líquido não negativo, ou seja, se os benefícios superarão ou malefícios da concentração (CADE, 2016, p. 8).

Tendo este resultado em mente, a análise clássica do CADE basicamente conta com 1) a definição de mercado relevante com o nível de concentração do mercado; 2) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido pela concentração; e 3) ponderação das eficiências econômicas e demais bens jurídicos ameaçados ou beneficiados pela concentração (CADE, 2016, p. 9-10). Para tanto, usam-se diversos instrumentos e pesquisas<sup>184</sup>, sendo a mais importante para o presente estudo a análise de substitutibilidade<sup>185</sup>, na qual é avaliado se outras empresas poderiam ofertar o mesmo bem ou serviço dentro de um ano e sem custos irrecuperáveis diante de um aumento de preços da empresa em concentração (CADE, 2016, p. 16).

---

último, por exemplo por especialização de hábitos ou por desenvolvimento tecnológico específico, caracterizando-se, destarte, produtos pertencentes a mercados relevantes distintos (e vice-versa).

<sup>183</sup> Essa tendência negativa decorre das presunções ligadas aos objetivos concorrenciais delineados nas legislações concorrenciais de cada país.

<sup>184</sup> Nas palavras de Gaban, Domingues e Miranda e Silva (2019, p. 172), “sobre este assunto é preciso adaptar o teste do monopolista hipotético, muito utilizado para a definição dos mercados relevantes. Mercados de plataforma, por exemplo, não se encaixam perfeitamente no teste, merecendo especial cuidado para considerarem-se as externalidades decorrentes dos múltiplos agentes envolvidos nos vários lados do mercado - já que podem ser entendidos como mercados de múltiplos lados”. Em suma, urge-se calibrar as ferramentas tradicionais para os mercados digitais, especialmente no tocante às barreiras à entrada e à concorrência potencial (rivalidade) (GABAN; DOMINGUES; MIRANDA E SILVA, 2019).

<sup>185</sup> Em verdade, essa análise de substitutibilidade é considerada complementar às análises para a definição de mercado relevante, pois a primeira privilegia o lado da oferta e as demais privilegiam o lado da demanda, sendo isso manifestado pelo próprio CADE (CADE, 2016, p. 17).

No controle de concentrações, as análises do mercado relevante e do poder de mercado neste deveriam priorizar as barreiras à entrada e a concorrência potencial em face dos dados (FRAZÃO, 2019, p. 191). A análise antitruste do mercado relevante já andava distante da realidade dos mercados nos casos concretos segundo Frazão, contudo a substitutibilidade entre bens e serviços é ainda mais tortuosa em mercado movidos a dados<sup>186</sup> devido às diferenças entre os produtos ou serviços considerados em si (FRAZÃO, 2019, p. 193). Essas diferenças, caso sejam considerados significativas, podem levar a uma restrição do mercado relevante e consequentemente a um aumento da participação de mercado das empresas em concentração.

Soma-se a essa dificuldade, a mensuração do poder de mercado diante de possíveis novas dificuldades para a medida, além dos tradicionais de faturamento, volume de vendas e participação de mercado (FRAZÃO, 2019, p. 194). Diante destas dificuldades e de controvérsias por de traz destes critérios, Frazão (2019, p. 194-195) propõem-se como critérios (talvez igualmente controversos, mas mais adequados) a partir dos estudos de Lina Khan e Tim Wu: “volume e demais características dos dados à disposição de determinado agente econômico”; “capacidade de processamento dos dados, bem como de reunir, controlar e gerenciar dados e informações”; “capacidade de conexão e grau de dependência ou necessidade dos diversos usuários envolvidos”; “capacidade de alavancagem e de extrair benefícios da integração de vários negócios”; “incentivos para privilegiar seus próprios serviços sobre os serviços dos usuários”; “capacidade de fechamento de mercados”; “capacidade de influenciar

---

<sup>186</sup> Vale destacar o novo ramo do direito que surgiu recentemente para proteção de dados. A competência, em alguma medida, concorrente entre autoridades concorrenciais e de dados não escapam ao Brasil e à África do Sul. Quanto a esta, em pesquisa para sumarizar os pontos de encontro entre as legislações de proteção à concorrência e aos dados, Koornhof e Pistorius problematizam: “Do ponto de vista da lei da concorrência, há uma área cinzenta entre o que seria considerado estratégias de marketing inteligentes e o que constitui conduta que induza os clientes a não negociar com uma determinada empresa. No entanto, se visto do ponto de vista da proteção de dados, o Regulador poderá desempenhar um papel significativo na contenção de tais práticas de conluio. O uso de desinformação direcionada provavelmente envolverá o processamento de informações pessoais de ou em relação a empresas concorrentes. Nesses casos, o processamento envolverá uma violação das condições para o processamento legal de informações pessoais, incluindo a limitação de processamento (consentimento), a especificação da finalidade, a limitação de processamento adicional; transparência e qualidade da informação. O fato de as informações pessoais de pessoas jurídicas estarem protegidas amplia consideravelmente o mandato do Regulador. Como resultado, as obrigações de *compliance* de todas as partes responsáveis podem ter um impacto preocupante nas práticas de conluio ricos em informações na África do Sul” (KOORNHOF, PISTORIUS, 2018, p. 280, tradução nossa). “From a competition law point of view, there is a grey area between what would be considered clever marketing strategies and what constitutes conduct amounting to the inducement of customers not to deal with a particular company. However, if viewed from a data protection point of view the Regulator will be able to play a meaningful role in curbing such collusive practices. The use of targeted misinformation will likely involve the processing of personal information of or in relation to competing firms. In such instances the processing will involve a breach of the conditions for the lawful processing of personal information including the processing limitation (consent), the purpose specification, the further processing limitation; openness and information quality. The fact that the personal information of juristic persons is protected widens the mandate of the Regulator considerably. As a result, the compliance obligations of all responsible parties may have a sobering impact on information-rich collusive practices in South Africa” (KOORNHOF, PISTORIUS, 2018, p. 280).

usuário”; “grau de proteção dos dados pessoais dos usuários, bem como o grau de transparência em relação à política de dados pessoais”; “grau de transparência e *accountability* em relação aos algoritmos utilizados nos negócios”; “extensão com que o negócio de dados é exercido, inclusive para fins de saber se compartilham dados com outros agentes e para que efeitos”; “possibilidade de portabilidade dos dados pessoais dos usuários”; “diante de adoção de legislações sobre dados pessoais, avaliação das vantagens competitivas acumuladas anteriormente”; “estratégia e recursos utilizados em publicidade, *marketing* e captação de usuários em todos os mercados envolvidos”; “ritmo e estratégia de crescimento, expansão, investimento e diversificação”; “ritmo e estratégia de inovação”; “ritmo do crescimento do valor de mercado e do aumento do valor das ações”; “verbas gastas em *lobby* e patrocínio de estudos e pesquisas”.

Voltando ao Guia H do CADE, os objetivos concorrenciais do art. 88, § 6º, da Lei Antitruste brasileira são caracterizados genericamente como eficiências específicas de concentração econômica. Essas eficiências específicas em regra não podem ser meramente especulativas e atingíveis por outros meios no mercado, podendo se externalizar num caso concreto como “economias de escala, de escopo, da introdução de inovações eficientes de produto ou processo, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório” (CADE, 2016, p. 47).

No relatório do DEE para os mercados digitais, o principal instrumento que precisaria de uma calibragem seria a substitutibilidade, pois existe uma dificuldade em se definir as fronteiras do mercado relevante decorrente dos efeitos de rede, das plataformas de múltiplos lados e de uma interdependência entre agentes em lados distintos desta plataforma (DEE, 2020, p. 19). No mais, o relatório em questão parece aceitar o entendimento de algumas autoridades concorrenciais estrangeiras de que em geral devem ser mantidas as análises já adotadas para definição de mercado relevante nos mercados digitais (DEE, 2020, p. 19-21).

Lembra-se de que a “dependência do poder econômico e abuso de posição dominante” já existia com um grande poder econômico nos seus mercados e nas suas cadeias produtivas no varejo tradicional, pois existia a) estrangulamento e abuso dos fornecedores, b) alta margem de lucro, e c) aniquilamento de sistemas de distribuição tradicionais (FORGIONI 2020, p. 341-342). Num primeiro momento, o CADE definiu o mercado geográfico do varejo de lojas físicas como municipal conforme adotado no AC 08012.010473/2009-34 (BRASIL, 2015), citado no estudo de caso de Ferraz Jr (2018, p. 13), no qual não há a compreensão do varejo eletrônico como mercado relevante único integrado ao do varejo físico devido à ainda baixa adesão da

população brasileira à internet e às lojas virtuais. Ao contrário, foram considerados como mercados relevantes distintos o físico com alcance municipal e o eletrônico com alcance nacional.

Em face da pandemia da COVID-19 e das consequentes medidas restritivas adotadas, houve uma elevação do crescimento dos mercados de compras *online* (CC, 2020, p, 52-53). De um lado, criou-se oportunidade com uma janela para novos negócios; do outro, concentrações existentes também puderam se entrincheirar na dominância e abusar do seu poder dominante conforme relatório da autoridade concorrencial sul-africana (CC, 2020, p, 52-53).

O mercado relevante do varejo *online* num estudo recente do CADE se dá pela caracterização do que seria comércio eletrônico (2021). Dando um passo para trás, o varejo pode ser dividido na jurisprudência do CADE em lojas físicas e comércio eletrônico<sup>187</sup>, separadamente em vista das “limitações de acesso à internet” (2021, p. 32). Considerando apenas o comércio eletrônico, ele pode ser dividido da dimensão produto com base em 1) multiproduto, 2) em lojas especializadas e 3) em super ou hipermercados<sup>188</sup> (2021, p. 32). Segundo o CADE (2021, p. 34), fundamentariam esta divisão as decisões do caso Tiger Global Management, LLC. e B2W – Companhia Digital no processo 08700.001483/2014-98 (BRASIL, 2014) e do caso Wal-mart Stores, Inc. e Shoebuy.com, Inc. no processo 08700.007762/2016-27 (BRASIL, 2016).

As facetas que serão trabalhadas nesta pesquisa são a de multiproduto e a lojas especializadas por dois motivos. O primeiro deles, porque a jurisprudência paradigmática recortada do relatório dos BRICS (2019) é formada apenas por caso com estas duas bases de produto. O segundo deles, pois as 5 das maiores empresas do mercado brasileiro (CADE, 2021, p. 30-31), que possuíam quase 50% do total dos valores das vendas do varejo *online* (SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO, 2018), comercializam estas bases de produto<sup>189</sup>. Nesse prisma, agregam-se os casos OLX e Grupo ZA, e Magalu e Netshoes.

---

<sup>187</sup> Sobre essa distinção do mercado relevante, é importante referenciar o ato de concentração 08012.011238/2006-37, no qual se considerou o mercado de varejo tradicional e o mercado de vendas à distância distintos, sendo verificável nesse sentido os atos de concentração 08012.000182/2002-61 e 08012.000880/00-89 julgado pelo CADE.

<sup>188</sup> O relatório do CADE sintetiza: “os varejistas multiprodutos ofertam variadas categorias de bens duráveis, em portfólio razoavelmente amplo de produtos; as lojas especializadas ofertam apenas linhas específicas de produtos; e os super e hipermercados ofertam principalmente produtos alimentícios e outros bens de consumo não duráveis, sem prejuízo de ofertarem também bens duráveis em lojas de maior dimensão” (CADE, 2021, p. 34).

<sup>189</sup> Faz-se apenas uma ressalva quanto a esta segunda razão. O Walmart Brasil em 2019 foi adquirido e teve seu nome alterado para Grupo Big, tendo sua atuação em diversos modelos de negócio, incluindo supermercado ou hipermercado.

Quanto à dimensão geográfica, o mercado relevante é nacional (CADE, 2021, p. 34), englobando as redes de logística ou infraestrutura para comercializar os produtos em todo o Brasil, consoante entendimentos dos processos 08700.002377/2019-36 (BRASIL, 2019b), 08700.001574/2019-38 (BRASIL, 2019a) e 08700.006631/2018-94. (BRASIL, 2018).

Do outro lado do atlântico, temos como caso clássico no mercado de compras físico ou tradicional, a aquisição pelo Walmart do Massmart da África do Sul, o qual percorreu as três instituições do controle concorrencial sul-africanas, a *Competitiom Comission*, a *Competition Court* e a *Competiton Appeal Court*. A concentração obteve aprovação com algumas condições, entre as quais se destaca a questão de interesse público acerca dos pequenos médios negócios. Por isso, em estudo de caso direcionado a ele, “Em última análise, a decisão do tribunal vinculou as partes da fusão a várias condições, principalmente o estabelecimento de um fundo de R200 milhões (aproximadamente \$20 milhões) para desenvolver e fornecer treinamento para pequenas e médias empresas, principalmente produtores agrícolas, para entrar na cadeia de suprimento dos varejistas”<sup>190</sup> (KENNY, 2014, p. 173, tradução nossa).

Ampliando o problema em questão na África do Sul, já houvera pesquisa indicativa de que os piores salários são aqueles dos trabalhadores do mercado de compras (varejo), condição baixa presente igualmente para os demais direitos trabalhistas (KENNY, 2014, p. 174).

Em 2016, a *Competition Commmission* da África do Sul lançou o Guidelines on the assessment of public interest provisions in merger regulation under the Competition Act 89 of 1998 (CC, 2016). Nele há orientações de metodologia que a Comissão segue na avaliação de questões de interesse público na análise de concentrações econômicas.

Na África do Sul, “uma empresa é dominante em um mercado se (a) tiver pelo menos 45% desse mercado; (b) tem pelo menos 35%, mas menos de 45%, desse mercado, a menos que possa demonstrar que não tem poder de mercado; ou (c) tem menos de 35% desse mercado, mas tem poder de mercado”<sup>191</sup> (Sec. 7, Cap. 2) (SOUTH AFRICA, 2021, tradução nossa). Do outro lado do atlântico a lei do SBDC expõe, na parte do controle de condutas do art. 36, § 2º, que “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%

<sup>190</sup> “Ultimately the court’s judgment bound the merging parties to several conditions, chiefly the establishment of a fund of R200 million (approximately \$20 million) to develop and provide training for small- and medium-sized businesses, primarily agricultural producers, to enter the retailer’s supply chain” (KENNY, 2014, p. 173).

<sup>191</sup> “A firm is dominant in a market if (a) it has at least 45% of that market; (b) it has at least 35%, but less than 45%, of that market, unless it can show that it does not have market power; or (c) it has less than 35% of that market, but has market power” (Sec. 7, Ch. 2) (SOUTH AFRICA, 2021)

(vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia” (BRASIL, 2011).

As autoridades antitruste sul-africana têm competência pelo dispositivo 12A (1) do *Competition Act* para considerar tanto o impacto que uma concentração terá na concorrência (“questões substancialmente concorrenciais”) quanto se uma concentração pode ou não ser justificada por motivos de interesse público em um mercado relevante. Na mesma ótica, debruça-se quando analisa o poder de mercado.

Na segunda parte da sua competência, após um resultado positivo pela aprovação em matéria de questões substancialmente concorrenciais, a Comissão deve examinar se a concentração gera efeitos negativos substanciais no interesse público.

A Comissão pode proibir uma concentração se for estabelecido que a concentração gera efeitos negativos substanciais no interesse público, ou impor condições para o efeito negativo substancial no interesse público resultante de uma concentração, nas duas hipóteses, mesmo que a concentração tenha passado sem problema pela análise das questões substancialmente concorrenciais (CC, 2016, p. 12-13). De forma contrária, as questões substancialmente concorrenciais podem permitir a concentração embora existam prejuízos substanciais às questões de interesse público (CC, 2016, p. 12-13).

Isso requer um equilíbrio entre questões substancialmente concorrenciais e de interesse público consoante observamos no capítulo do estudo de caso<sup>192</sup>. Para perseguir os objetivos de interesse público, a Comissão irá seguir cinco etapas: 1) listar as questões de interesse público possíveis de serem afetadas; 2) verificar se a concentração em análise gera algum efeito nestas questões; 3) determinar se esses eventuais efeitos são substanciais; 4) determinar se existem efeitos positivos da concentração que justifiquem os efeitos negativos nas questões de interesse público; e 5) considerar remédios para lidar com qualquer efeito negativo substancial de interesse público (CC, 2016, p. 12).

---

<sup>192</sup> É importante recapitular que, embora a concorrência seja fim imediato do direito concorrencial, outros fins mediatos podem surgir. Nesse sentido, “assim, a existência de metas econômicas e não econômicas estabelecidas dentro e fora do órgão antitruste é compatível com a existência de um regime antitruste que atenda às evidências econômicas e aplique métodos analíticos confiáveis e transparentes métodos analíticos no controle de concentrações. A simbiose é possível porque os objetivos apenas fornecem ‘uma chave’ para ordenar os resultados do controle, que muitas vezes mudam de acordo com as mudanças nas políticas estatais e desenvolvimentos em direito e economia” (KRASULOVA, 2017, p. 66, tradução nossa). “Thus, the existence of economic and non-economic goals set within and outside the antitrust agency is compatible with the existence of an antitrust regime that heeds to economic evidence and applies reliable and transparent analytical methods in the merger review. The symbiosis is possible because the goals merely provide ‘a key’ to ordering the results of the review, which often change according to changing state policies and developments in law and economics” (KRASULOVA, 2017, p. 66).

As questões de interesse público ponderados pelo seu controle de concentrações são as existentes em efeitos da concentração sobre: (a) um determinado setor industrial ou região; (b) empregabilidade; (c) a capacidade de pequenas empresas, ou empresas controladas ou de propriedade de pessoas historicamente desfavorecidas de se tornarem competitivas; e (d) a capacidade das indústrias nacionais de competir nos mercados internacionais.

### 3.2 Aplicação da Teoria Crítica

A partir desta seção, a teoria crítica nos oferece formulações críticas acerca das previsões normativas dos objetivos concorrenciais, já que os objetivos concorrenciais podem ser notados em alguma medida desde a investigação pelo mercado relevante e o poder de mercado nas decisões dessas autoridades. Assim, os postulados legais e as interpretações deles, nos relatórios das autoridades concorrenciais do Brasil e da África do Sul no mercado de compras *online*, podem já demonstrar algum indício da insuficiência do cumprimento dos objetivos concorrenciais diante das desigualdades sociais e econômicas apontadas ao longo da presente seção e nas seções anteriores.

Conforme observado na subseção da teoria crítica como metateoria às ideias antitruste no capítulo segundo da dissertação, as autoridades antitruste precisam encontrar alternativas para superar as concentrações econômicas das *big techs* ou encontrar uma forma de o direito antitruste servir como poder compensatório ao poder destas grandes empresas. Nesse diapasão, discutiu-se a democratização do poder de mercado através de “stakeholder remedies” ou do paradigma dos agentes com interesse na concentração.

Um modelo de direito antitruste com o paradigma dos *stakeholders* pode apresentar diversas formulações práticas. Para tanto, ilustram-se dois caminhos, que podem inclusive se misturar: 1) conferir às autoridades antitruste a competência para inserir outros interesses em jogo no controle de concentrações; ou 2) conferir instrumentos privados aos particulares para influenciar o rumo das concentrações antes mesmo de qualquer controle estatal (HITZIG et al., 2020). Caso um Estado opte por um dos caminhos ou por ambos, estará permitindo uma maior influência dos reais interesses em jogo em concentrações econômicas de modo que interesses de empregados, de pessoas historicamente desfavorecidas por questões raciais, de pequenos negócios e de outros atores poderão entrar no cálculo da utilidade da concentração econômica.

O primeiro desses caminhos foi adotado pelo Estado sul-africano quando conferiu às suas autoridades concorrenciais a competência no controle de concentrações para analisar e decidir com base em empregabilidade, dispersão de propriedade a pessoas historicamente

desfavorecidas por questões raciais, pequenos negócios e negócios nacionais. Do outro lado do atlântico, não se vislumbra a adoção de nenhum deles pelo Brasil ainda que seja possível elencar princípios ou bens jurídicos (implicitamente tutelados) de ordem social em sua legislação antitruste, o que será tratado no próximo capítulo com o método do direito comparado.

Percebe-se que, tendo seus objetivos voltados, em maior medida, a atender aqueles direta e indiretamente interessados pelas atividades econômicas da concentração econômica em concreto, a África do Sul está mais próxima do que o Brasil do paradigma dos *stakeholders*.



#### 4 INSTITUTO DOS OBJETIVOS CONCORRENCIAIS NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES DO BRASIL E DA ÁFRICA DO SUL

Em vista do objetivo de verificar a utilidade dos instrumentos concorrenciais na jurisprudência da África do Sul e do Brasil, chegamos no primeiro dos dois capítulos cruciais para isso. Com o método do direito comparado, exploramos os objetivos concorrenciais das suas legislações antitruste.

É importante retomar os pontos comuns entre Brasil e África do Sul que despertaram o interesse acadêmico para a presente pesquisa, quais sejam a desigualdade de renda e o racismo que correm nas veias de ambos os países. Desses dois fatos pressupostos advêm o objetivo de pesquisa para verificar se as autoridades concorrenciais de ambos os países observam esta realidade quando controlam fusões e aquisições no mercado de compras *online* à luz de seus objetivos concorrenciais.

*A priori*, Brasil e África do Sul apresentam competências concorrenciais diferentes, tendo o primeiro país uma competência implícita e superficial para análise antitruste em questões sociais e o segundo país uma competência expressa e profunda para elas. Ora, em face de realidades sociais semelhantes, pergunta-se se as autoridades atendem os objetivos concorrenciais destes ordenamentos jurídicos na aplicação do direito concorrencial ou que há no mínimo uma insuficiência na sua aplicação em face dos casos concretos.

Esta será a hipótese efetivamente testada no presente capítulo e no seguinte. Todavia, não se pode desconsiderar que são pressupostos dela outras duas hipóteses que exprimem as relações diretamente proporcionais entre desigualdade de renda e racismo de um lado e concentração econômica do outro.

De antemão, destaca-se que existem poucas pesquisas, cujo objeto central tenha sido a aplicação do método do direito comparado às legislações concorrenciais do Brasil e da África do Sul<sup>193</sup>, especialmente em face dos objetivos concorrenciais.

É importante destacar uma iniciativa de comparar os dados relativos ao direito concorrencial comparado e ao *enforcement* concorrencial comparado de diversas jurisdições do mundo a fim de subsidiar estudos qualitativos, encontrada em

---

<sup>193</sup> Esta escassez pode ser justificada naturalmente pela tenra idade das legislações antitruste do Brasil e da África do Sul. De fato, a expansão de regimes de direito concorrencial pelo mundo é um fenômeno novo (com mais de 100 (cem) sistemas atualmente), o qual constitui oportunidade ímpar para pesquisas científica. Nos termos apontados por Kovacic e Lopez-Galdos, “Nossa impressão não científica é que não há outro campo da política econômica em que tantas jurisdições adotaram um novo regime regulatório pela primeira vez em tão curto período” (KOVACIC; LOPEZ-GALDOS, 2016, p. 87, tradução nossa). “Our unscientific impression is that there is no other field of economic policy in which so many jurisdictions adopted a new regulatory regime for the first time in so short a period” (KOVACIC; LOPEZ-GALDOS, 2016, p. 87).

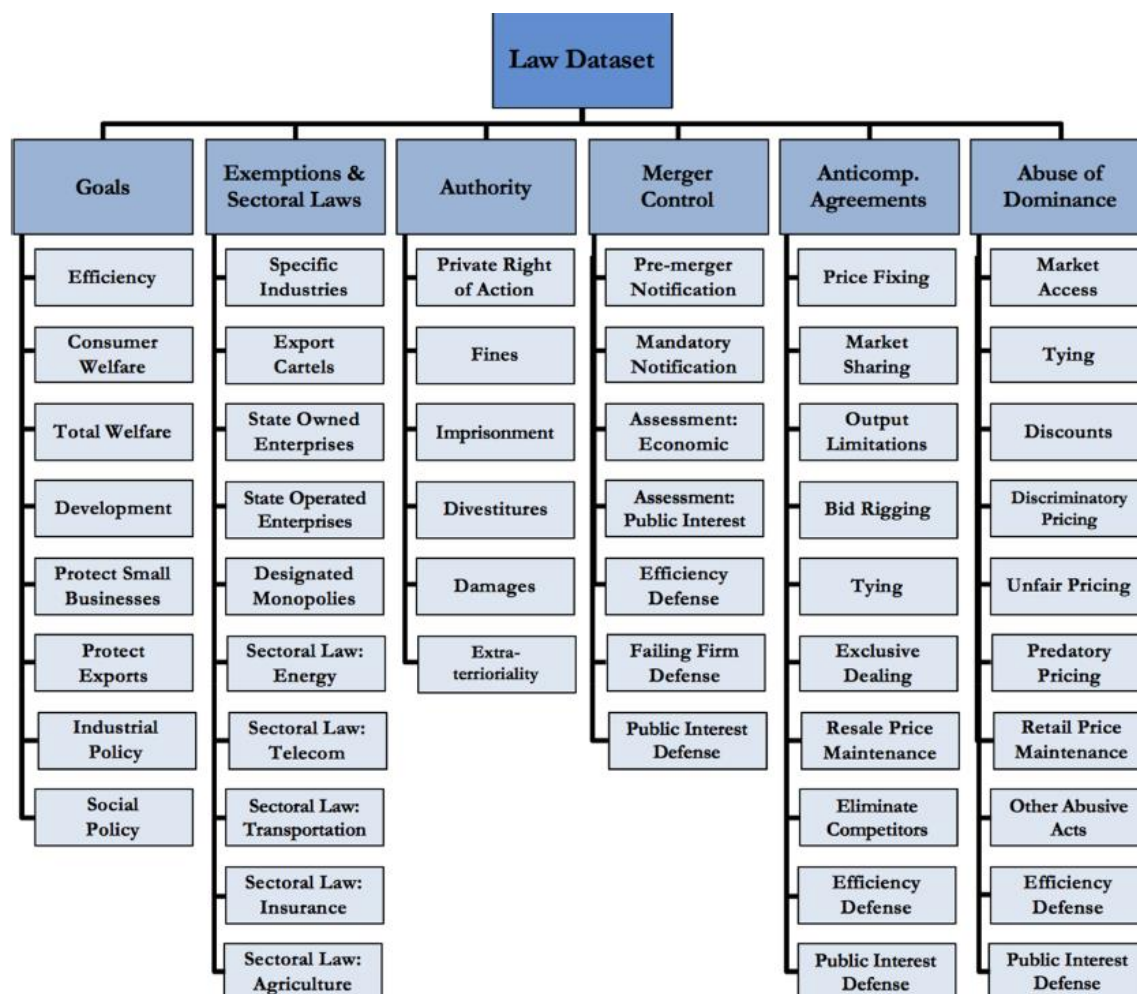
[www.comparativecompetitionlaw.org](http://www.comparativecompetitionlaw.org), resultado de uma pesquisa de 2018, cujos autores principais são Anu Bradford e Adam S. Chilton (2018). Essas bases de dados foram ressaltadas recentemente em artigo no qual se tentou mostrar a variação nos objetivos concorrenciais por diversas jurisdições, entre outras análises acerca das sanções e das instituições (BRADFORD et al., 2019).

No artigo em questão é formulado o seguinte gráfico a respeito das legislações concorrenciais em 131 jurisdições no mundo, sendo relevante para nós a primeira coluna sobre os objetivos<sup>194</sup> (eficiência, bem-estar do consumidor, bem-estar total, desenvolvimento, proteção dos pequenos negócios, proteção das exportações, política industrial e política social):

---

<sup>194</sup> Consoante apontado no próprio artigo, “os objetivos promulgados do direito da concorrência transmitem informações importantes sobre os compromissos políticos, econômicos e ideológicos subjacentes à sua promulgação” (BRADFORD et al., 2019, p. 420, tradução nossa). “The promulgated goals of competition law convey important information about the political, economic, and ideological commitments underlying its enactment” (BRADFORD et al., 2019, p. 420). Classicamente, cita-se como referência de direito concorrential comparado entre vários países do globo, o estudo “Control of Cartels and Monopolies: An International Comparison” de Corwin Edwards, datado de 1967, o qual não foi examinado devido ao descompasso temporal com as legislações atuais do Brasil e da África do Sul apesar de que o Brasil e a União da África do Sul foram mencionados na pesquisa. Quando se trata de pesquisa empírica de direito comparado com o tema dos objetivos concorrenciais, é importante citar o estudo de Hylton e Deng, no qual eles encontraram que “o escopo da lei de concorrência de um país está positivamente associado à intensidade percebida da concorrência na economia do país. No entanto, não encontramos evidências de que o escopo do direito da concorrência esteja positivamente associado a uma proxy objetiva da intensidade da concorrência. Além disso, as regressões das variáveis instrumentais, embora preliminares, não indicam que o escopo do direito concorrential afete a intensidade percebida da concorrência” (HYLTON; DENG, 2007, p. 1, tradução nossa). “The scope of a country’s competition law is positively associated with the perceived intensity of competition in the country’s economy. However, we find no evidence that the scope of competition law is positively associated with an objective proxy of the intensity of competition. Moreover, instrumental variables regressions, though preliminary, do not indicate that the scope of competition law affects the perceived intensity of competition” (HYLTON; DENG, 2007, p. 1).

Organograma 1 – legislações concorrenciais em 131 jurisdições no mundo



Fonte: Bradford (2019, p. 418).

Esta pesquisa foi a comparação mais recente e ampla a que se teve acesso. Ela é importante para servir de norte porque realizada num momento em que se vigorava as atuais legislações concorrenciais do Brasil e da África do Sul apesar de seus dados do Brasil datarem de 2010 provavelmente. Assim, apesar de tecnicamente não ser um estudo de direito comparado, suas conclusões ajudaram na fixação dos objetivos concorrenciais passíveis de estudo e de questionamento a princípio.

A partir desta visão, nas subseções que se seguem, são estudados o direito concursal em suas vertentes de direito material e de direito processual a fim de auxiliar na compreensão do objeto de comparação da presente pesquisa, os objetivos de direito concursal. Após, apresentamos as características e funções deles a vista de chegar em suas semelhanças e diferenças nos respectivos ordenamentos jurídicos. Por fim, construímos nossas críticas com base nessas semelhanças e diferenças.

#### 4.1 Direito Concorrencial Material e Processual

As legislações das quais se recorta o instituto do controle de concentrações em perspectiva de seus objetivos concorrenciais são no Brasil e na África do Sul respectivamente a lei nº 12.529/11 e o Competition Act de 1998 (ou ato 89 de 1998)<sup>195</sup>.

Com a finalidade de demonstrar a grande pressão pelos direitos humanos transnacional<sup>196</sup> em vista da garantia de medicamentos essenciais, a pesquisa comparativa de Klug relata que

Embora a nova lei de concorrência na África do Sul seja em muitos aspectos modelada nos estatutos da União Europeia, do Reino Unido e do Canadá e se baseie em conceitos jurídicos desenvolvidos nos Estados Unidos, ela também representa uma hibridização de normas e regras globais projetadas para acomodar restrições, bem como aproveitar as oportunidades que essas normas e regras oferecem para perseguir objetivos particularmente nacionais que são peculiares à história e ao contexto social da África do Sul (KLUG, 2012, p. 311, tradução nossa).

Na África do Sul, se for possível que a concentração possa inibir ou diminuir substancialmente a concorrência, a Comissão deve avaliar, entre outros, os seguintes fatores: a) se a concentração é suscetível de resultar ou não em qualquer problema tecnológico, de eficiência ou outro ganho competitivo que seja superior e compense os efeitos de qualquer inibição ou diminuição da concorrência, que possa resultar ou possa resultar da fusão, e provavelmente não seria obtido se a fusão fosse impedida; e b) se a fusão pode ou não ser justificada por interesse público substancial, pelos seguintes fatores: uma determinada

<sup>195</sup> Em estudo comparativo, Wei (2011, p. 808) revisa e sintetiza o panorama histórico: “em comparação com outras economias emergentes como Brasil, Rússia, Índia e África do Sul, a adoção da AML da China estava muito atrasada. O Brasil introduziu um regime antitruste em 1962, incorporou um regime de fusão por meio da Lei 8884/94, que foi promulgada em 1994 e alterada em 2002. A Rússia adotou sua lei de concorrência em 1991 e aprovou a Lei de Proteção da Concorrência em 2006. Primeira lei de concorrência da Índia foi promulgada em 1969; esta lei foi substituída pela Lei da Concorrência de 2002, nº 12 de 2003, conforme alterada pela Lei da Concorrência (Emenda) em 2007. A África do Sul promulgou a lei da concorrência em 1955, que foi alterada em 1979, 1988, 2000 e 2009” (WEI, 2011, p. 808, tradução nossa). “Compared to the other emerging economies such as Brazil, Russia, India and South Africa, the adoption of China’s AML was long overdue. Brazil introduced an antitrust regime in 1962, incorporated a merger regime through Law 8884/94, which was enacted in 1994 and amended in 2002. Russia adopted its competition law in 1991 and passed the Law on Protection of Competition in 2006. India’s first competition law was enacted in 1969; this law was replaced by the Competition Act 2002, No. 12 of 2003, as amended by the Competition (Amendment) Act in 2007. South Africa enacted the competition law in 1955, which was amended in 1979, 1988, 2000, and 2009” (WEI, 2011, p. 808).

<sup>196</sup> Adotando-se um sentido amplo para direito transnacional, o qual abarca um direito uniformizado e aplicado independentemente das fronteiras de Estado e um direito igual ou semelhante aplicado separadamente em cada Estado, entende-se que, “ao estimular a promulgação de novas leis e a reconfiguração das instituições estatais, os processos jurídicos transnacionais dão origem a novas especializações profissionais e mudanças na autoridade profissional, criando incentivos para que indivíduos e instituições se ajustem a eles” (SHAFFER, 2012, p. 246, tradução nossa) . “In spurring the enactment of new law and the reconfiguration of state institutions, transnational legal processes give rise to new professional specializations and shifts in professional authority, creating incentives for individuals and institutions to adjust to them” (SHAFFER, 2012, p. 246).

indústria; empregabilidade; a capacidade de pequenas empresas; capacidade de empresas controladas ou de propriedade de pessoas historicamente desfavorecidas, de se tornarem competitivas; e a capacidade das indústrias nacionais de competir nos mercados internacionais.

Desse modo, constatado possível prejuízo à concorrência, o próximo passo é determinar se ganhos tecnológicos, de eficiência ou outros ganhos pró-competitivos provavelmente compensariam os efeitos anticoncorrenciais ou não seriam alcançados na ausência da concentração. Ora, mesmo os objetivos de ordem substancialmente concorrencial, apresentam muitas diferenças e conseqüentemente meios de provas distintos, o que leva suas autoridades a exercerem algumas presunções acerca dos benefícios gerados por certas eficiências aos consumidores (OECD, 2003, p. 7).

Depois da análise pelas questões de ordem substancialmente concorrencial, passa-se à verificação dos objetivos de ordem de interesse público substancial para determinar a aprovação ou reprovação da concentração.

Makhaya e Roberts (2013, p. 558) resumem os objetivos de interesse público em pesquisa para explorar as conseqüências no poder de mercado em setores que haviam recebido vantagens por políticas racistas, por serem públicos anteriormente e por razões estratégicas de Estado:

os objetivos da Lei enfatizam a capacidade de participação na economia, inclusive por pequenas e médias empresas e por pessoas historicamente desfavorecidas. Eles também identificam a necessidade de abordar o legado do apartheid em termos de propriedade e controle concentrados. A lei especifica testes baseados em efeitos para avaliar fusões e a maioria das condutas anticompetitivas, enquadradas como se há uma lesão substancial ou diminuição da concorrência. As fusões também estão sujeitas a um teste de interesse público separado. Existem quatro categorias definidas de interesse público, incluindo o efeito sobre o emprego que foi fortemente perseguido pelo eleitorado trabalhista<sup>197</sup> (MAKHAYA; ROBERTS, 2013, p. 558).

É interessante notar que as questões de interesse público podem permitir uma concentração que seria condenável apenas à luz de questões puramente concorrenciais (TAVUYANAGO, 2021, p. 4). De outro lado, uma concentração pode ser condenada por razões de interesse público mesmo sem efeitos adversos na concorrência pura (TAVUYANAGO, 2021, p. 4). Na pesquisa de Tavuyanag, comparam-se os interesses de segurança nacional na legislação antitruste da África do Sul e do Brasil com a verificação de que o Brasil não conta com esta matéria no seu sistema de controle de concentrações, diferentemente da África do Sul

---

<sup>197</sup> “The objectives of the Act emphasise the ability to participate in the economy, including by small and medium enterprises and by historically disadvantaged persons. They also identify the need to address the legacy of apartheid in terms of concentrated ownership and control. The Act specifies effects-based tests for evaluating mergers and most anti-competitive conduct, framed as whether there is a substantial prevention or lessening of competition. Mergers are also subject to a separate public interest test. There are four defined categories of public interest, including the effect on employment which was strongly pursued by the labour constituency” (MAKHAYA; ROBERTS, 2013, p. 558).

apesar de permitir a restrição de investimento estrangeiro por meio de concentrações nas regulações de setores específicos (TAVUYANAGO, 2021).

De maneira semelhante à do Brasil, a África do Sul adota como critério da excessividade<sup>198</sup> da concentração o valor agregado ou individual dos ativos ou receitas para fins de se determinar se a concentração precisa ou não ser submetida ao controle de concentrações do Estado.

Conforme pesquisa de direito comparado de Wei, existem basicamente três modelos de jurisdição concorrencial, o judicial bifurcado, o de agência bifurcada e o de agência integrada:

no modelo judicial bifurcado, a autoridade tem o poder de investigação e deve propor ações de julgamento perante os tribunais de jurisdição geral, com direito de recurso para os tribunais gerais de apelação; no modelo de agência bifurcada, a autoridade tem poder de investigação e deve ajuizar ações de julgamento perante as autoridades especializadas da concorrência, com direito de recurso para tribunais especializados ou tribunais gerais de apelação; e no modelo de agência integrada, a autoridade tem o poder de investigação e julgamento, com direito de recurso para tribunais de apelação gerais ou especializados<sup>199</sup> (WEI, 2014, p. 39-40, tradução nossa).

Como será demonstrado a seguir, o Estado sul-africano adotou o segundo modelo de agência bifurcada.

Em artigo para mostrar o estado das políticas de combate a cartel de África do Sul e do Brasil, Afrika e Bachmann descrevem as agências de *enforcement* dos países. Na África do Sul, a *Competition Commission* “[...] possui uma ampla gama de poderes de implementação e execução destinados a proteger o direito do consumidor individual a um mercado justo”<sup>200</sup> (AFRIKA; BACHMANN, 2011, p. 992, tradução nossa). Nesta jurisdição, o *Competition Tribunal* “[...] tem a responsabilidade de julgar qualquer questão que seja proibida pela Lei, que possa ser por ela considerada, e rever qualquer decisão da Comissão que seja referida nos termos da Lei”<sup>201</sup> (AFRIKA; BACHMANN, 2011, p. 992, tradução nossa). Por fim na mesma

<sup>198</sup> Em estudo para se comparar os países dos Brics, Belikova (2016, p. 31-32) constata distinção neste critério de excessividade para uma concentração ser legítima: alguns países adotam a parcela de mercado no mercado relevante, como Rússia e Chiba; outros, os ativos ou receitas, como África do Sul, Índia e, completa-se, Brasil.

<sup>199</sup> “In the bifurcated judicial model, the authority has the power of investigation and must bring enforcement actions before courts of general jurisdiction, with rights of appeal to general appellate courts; in the bifurcated agency model, the authority has the power of investigation and must bring enforcement actions before specialized competition adjudicative authorities, with rights of appeal to specialized appellate bodies or general appellate courts; and in the integrated agency model, the authority has the power of investigation and adjudication, with rights of appeal to general or specialized appellate bodies” (WEI, 2014, p. 39-40).

<sup>200</sup> “[...] has a wide range of implementation and enforcement powers designed to protect the individual consumer's right to a fair market” (AFRIKA; BACHMANN, 2011, p. 992)

<sup>201</sup> “[...] has the responsibility to adjudicate any matter that is prohibited under the Act, which may be considered by it, and review any decision of the Commission that gets referred to in terms of the Act” (AFRIKA; BACHMANN, 2011, p. 992)

jurisdição, a *Competition Appeal Court*<sup>202</sup> “[...] é responsável por rever quaisquer decisões do Tribunal da Concorrência que lhe sejam submetidas nos termos da Lei e por apreciar qualquer recurso decorrente de uma decisão do Tribunal”<sup>203</sup> (AFRIKA; BACHMANN, 2011, p. 992, tradução nossa).

Em outro estudo de direito comparado para os países do BRICS, Krasulova resume o sistema administrativo da África do Sul: “a Comissão de Concorrência da África do Sul (CCSA) é responsável pela adjudicação de pequenas e médias fusões, e o Tribunal de Concorrência da África do Sul (CTSA) lida com grandes fusões e práticas proibidas”<sup>204</sup> (KRASULOVA, 2017, p. 76, tradução nossa). Já as entidades brasileiras, antes de serem elogiadas pelo autor, são descritas a partir da complexidade dos casos: “casos diretos têm sido acelerados pela Superintendência e, assim, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ganhou mais tempo para se dedicar aos casos complexos”<sup>205</sup> (KRASULOVA, 2017, p. 86-87).

De maneira simples, podemos descrever as atribuições da *Competition Commission* no controle de estruturas em decidir a respeito de concentrações intermediárias e recomendar conclusões acerca de concentrações grandes à *Competition Court*. Por sua vez, a *Competition Court* terá competência recursal para as concentrações intermediárias decididas pela *Competition Commission* e competência originária para as concentrações grandes<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> Esse órgão faz parte do braço judicante do Estado sul-africano, servindo para constituir a natureza mista do sistema concorrencial sul-africano com a parte inicial dele no braço executivo do Estado e a parte final dele no braço judicante do Estado. Comentando o afastamento do judiciário brasileiro nas decisões de direito concorrencial no Brasil devido a um CADE mais atuante e com maior uso de acordos como a leniência, McMahon conclui em seu estudo comparativo que “a mudança da revisão judicial para os acordos pode remover um importante nível de escrutínio dos processos regulatórios e impedir que o judiciário tenha um papel na formulação da política de concorrência no Brasil, potencialmente comprometendo a certeza, transparência, responsabilidade e dissuasão” (MCMAHON, 2016, p. 330, tradução nossa). “The shift from judicial review to settlements can remove an important level of scrutiny of regulatory processes and prevent the judiciary from having a role in shaping competition policy in Brazil, potentially compromising certainty, transparency, accountability, and deterrence” (MCMAHON, 2016, p. 330). Assim, no mesmo sentido deste autor, pode-se dizer que o sistema sul-africano chama o braço judicante do Estado para decidir a polícia concorrencial com mais rigor jurídico.

<sup>203</sup> “[...] is responsible for reviewing any decisions of the Competition Tribunal referred to it in terms of the Act and for considering any appeal arising from a decision of the Tribunal” (AFRIKA; BACHMANN, 2011, p. 992).

<sup>204</sup> “The Competition Commission of South Africa (CCSA) is responsible for the adjudication of small and medium mergers, and the Competition Tribunal of South Africa (CTSA) handles large mergers and prohibited practices” (KRASULOVA, 2017, p. 76).

<sup>205</sup> “Straightforward cases have been fast-tracked by the Superintendent's office, and thus the Brazilian Administrative Tribunal for Economic Defense (CADE) has gained more time to devote to the complex cases” (KRASULOVA, 2017, p. 86-87).

<sup>206</sup> Antes da atual conjuntura institucional trazida pelo Competition Act de 1989, existia o Competition Board sob as disposições do Maintenance and Promotion of Competition Act, N° 96 of 1979, o qual foi largamente criticado por inexistir notificações obrigatória de concentração e não possuir poder decisório ou de *enforcement*, cabendo ao Ministro do Department of Trade and Industry decidir acerca das recomendações do órgão administrativo (ROBERTS, 2004, p. 231).

É importante notar que as concentrações intermediárias e amplas devem notificar a *Competition Commission* apesar de com propósitos diferentes conforme dispositivo 13A do *Competition Act*. Enquanto as primeiras serão primeiramente analisadas e decididas pela CC, as segundas serão apenas analisadas com a posterior remissão para decisão da Corte.

As concentrações pequenas não têm obrigação de notificar a *Competition Commission* a menos que requerido pela instituição nos termos do dispositivo 13, (1), do *Competition Act*.

No lado híbrido<sup>207</sup> do sistema concorrencial sul-africano, a competência recursal da *Competition Appeal Court* se restringe a decisões do *Competition Tribunal*.

Já no Brasil, o controle de concentrações estatal é um pouco mais simples por só funcionar no âmbito do Poder Executivo do Estado brasileiro. Em outras palavras, suas autoridades concorrenciais fazem parte da Administração Pública do Poder Executivo, não havendo órgão judicial entre elas. Constituem órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) a SEAE (hoje SEPRAC) dentro do Ministério da Economia, a SG (órgão instrutório), o DEE (órgão de estudos) e o TADE (órgão decisório), estando estes três últimos dentro do CADE (uma autarquia federal).

Abrindo espaço para a dogmática do processo administrativo concorrencial no Brasil conforme art. 53 e seguintes da lei do SBDC, o processo autorizativo começa com a submissão do ato de concentração à SG (apesar de endereçado ao CADE), independentemente dos valores acima dos pisos do art. 88 desta lei. A SG pode aprovar sem condições a concentração caso não sejam verificados os prejuízos à concorrência do § 5º desse art. 88<sup>208</sup>. Ela também pode, ao contrário, impugnar a concentração, impugnação que será levada perante o TADE caso entenda pela rejeição, pela aprovação com condições ou pela inexistência de elementos conclusivos acerca dos efeitos dela no mercado.

Na primeira hipótese pela aprovação sem restrições, cabe recurso pelos legitimados, agências reguladoras e terceiros interessados, ou avocação pelo TADE. Havendo impugnação pela SG, recursos ou avocação, o ato de concentração deverá ser decidido em instância final pelo TADE.

---

<sup>207</sup> Existe esta natureza híbrida, pois, embora seja parte do sistema concorrencial sul-africano, é órgão do braço judiciário do Estado da África do Sul, estando localizado no segundo nível da estrutura recursal e sendo, portanto, composto pelos “high court judges” (que seriam os desembargadores brasileiros).

<sup>208</sup> Nos seus ensinamentos através dos meandros dos processos administrativos do SBDC, especialmente para as concentrações mais simples submetidas à SG, Marrara destaca que, “ao se afastar da sistemática da LDC/1994 e aceitar a aprovação do requerimento de concentração pelo próprio órgão de instrução, o objetivo da nova legislação foi reduzir o tempo de espera e dependência dos agentes de mercado ao provimento administrativo” (MARRARA, 2015, p. 170).



Na instância do TADE, a concentração pode 1) ser aprovada integralmente com condições ou sem condições; 2) ser aprovada parcialmente com condições ou sem condições; e 3) ser rejeitada integralmente (MARRARA, 2015, p. 184-189).

Enquanto na África do Sul se adotou o controle prévio das concentrações desde o início, o Brasil apenas adotou tal modelo em 2011, cuja lei demonstrou um intuito de diminuir o trabalho do CADE ao estabelecer como critério mínimo as receitas de ambas as partes em concentração e definir com maior restrição e objetividade os atos de concentração. Essa constatação é comparada com as modificações da legislação sul-africana de 2009, as quais pretendiam voltar o sistema concorrencial mais para as condutas ilícitas, porém se notou na prática um crescimento em 20% das notificações de concentração de 2010 a 2011 na África do Sul (WALKER, 2012, p. 41-61).

## **4.2 Objeto de Comparação: Objetivos Concorrenciais**

Para fins de ilustração, reproduzimos a seguir integralmente as partes das legislações com os objetivos concorrenciais visados pelo Brasil e pela África do Sul quando do controle de concentrações por suas autoridades. Nas próximas subseções, aprofundar-nos-emos na dogmática dos objetivos concorrenciais sul-africanos e brasileiros.

### **4.2.1 Objetivos concorrenciais da África do Sul**

Na África do Sul, o dispositivo “12A. Consideration of mergers” do Competition Act de 1998 dispõe:

(1) Sempre que necessário para considerar uma concentração, a Comissão da Concorrência ou o Tribunal da Concorrência deve inicialmente determinar se a concentração é susceptível de impedir ou diminuir substancialmente a concorrência, avaliando os fatores estabelecidos na subseção (2), e se parecer que a concentração provavelmente impedirá ou diminuirá substancialmente a concorrência, então determinar –

(a) se a concentração pode ou não resultar em qualquer ganho tecnológico, de eficiência ou outro ganho pró-competitivo que seja maior do que e compense os efeitos de qualquer prevenção ou diminuição da concorrência, que possa resultar ou possa resultar da concentração, e provavelmente não seria obtido se a concentração fosse impedida; e

(b) se a concentração pode ou não ser justificada por motivos de interesse público substancial, avaliando os fatores estabelecidos na subseção (3).

(1A) Apesar de sua determinação na subseção (1), a Comissão da Concorrência ou o Tribunal da Concorrência também deve determinar se a concentração pode ou não ser justificada por motivos substanciais de interesse público, avaliando os fatores estabelecidos na subseção (3).

(2) Ao determinar se uma concentração provavelmente impedirá ou diminuirá substancialmente a concorrência, a Comissão da Concorrência ou o Tribunal da Concorrência devem avaliar a força da concorrência no mercado relevante e a probabilidade de que as empresas no mercado após a fusão se comportem competitivamente ou cooperativamente, levando em consideração qualquer fator que seja relevante para a competição naquele mercado, incluindo—

- (a) o nível real e potencial de concorrência de importação no mercado;
- (b) a facilidade de entrada no mercado, incluindo barreiras tarifárias e regulatórias;
- (c) o nível e tendências de concentração e histórico de conluio no mercado;
- (d) o grau de poder compensatório no mercado;
- (e) as características dinâmicas do mercado, incluindo crescimento, inovação e diferenciação de produtos;
- (f) a natureza e extensão da integração vertical no mercado;
- (g) se o negócio ou parte do negócio de uma parte na concentração ou concentração proposta falhou ou é provável que venha a falhar;
- (h) se a concentração resultará na remoção de um concorrente efetivo;
- (i) a extensão da propriedade de uma parte da concentração em outra empresa ou outras empresas em mercados relacionados;
- (j) até que ponto uma parte da concentração está relacionada a outra empresa ou outras empresas em mercados relacionados, inclusive por meio de membros ou diretores comuns; e
- (k) quaisquer outras concentrações realizadas por uma das partes da concentração pelo período que possa ser estipulado pela Comissão de Concorrência.

(3) Ao determinar se uma concentração pode ou não ser justificada por motivos de interesse público, a Comissão da Concorrência ou o Tribunal da Concorrência devem considerar o efeito que a fusão terá sobre—

- (a) um determinado setor industrial ou região;
- (b) emprego;
- (c) a capacidade de pequenas e médias empresas, ou empresas controladas ou de propriedade de pessoas historicamente desfavorecidas, de efetivamente entrar, participar ou expandir no mercado;
- (d) a capacidade das indústrias nacionais de competir nos mercados internacionais; e
- (e) a promoção de uma maior difusão da propriedade, em particular para aumentar os níveis de propriedade por pessoas e trabalhadores historicamente desfavorecidos nas empresas do mercado<sup>209</sup>. (SOUTH AFRICA, 2021, tradução nossa, condensação nossa)

---

<sup>209</sup> (1) Whenever required to consider a merger, the Competition Commission or Competition Tribunal must initially determine whether or not the merger is likely to substantially prevent or lessen competition, by assessing the factors set out in subsection (2), and if it appears that the merger is likely to substantially prevent or lessen competition, then determine –

- (a) whether or not the merger is likely to result in any technological, efficiency or other pro-competitive gain which will be greater than, and offset, the effects of any prevention or lessening of competition, that may result or is likely to result from the merger, and would not likely be obtained if the merger is prevented; and
- (b) whether the merger can or cannot be justified on substantial public interest grounds by assessing the factors set out in subsection (3).

[S 12A(1) subs by s 9(a) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(1A) Despite its determination in subsection (1), the Competition Commission or Competition Tribunal must also determine whether the merger can or cannot be justified on substantial public interest grounds by assessing the factors set out in subsection (3).

[S 12A(1A) ins by s 9(b) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(2) When determining whether or not a merger is likely to substantially prevent or lessen competition, the Competition Commission or Competition Tribunal must assess the strength of competition in the relevant market, and the probability that the firms in the market after the merger will behave competitively or cooperatively, taking into account any factor that is relevant to competition in that market, including—

- (a) the actual and potential level of import competition in the market;
- (b) the ease of entry into the market, including tariff and regulatory barriers;
- (c) the level and trends of concentration, and history of collusion, in the market;
- (d) the degree of countervailing power in the market;
- (e) the dynamic characteristics of the market, including growth, innovation, and product differentiation;

Contextualmente é importante ter em mente que a lei concorrencial em vigor nasceu em um ambiente progressista, o qual tentava superar um sistema econômico calcado em centralização; protecionismo a setores específicos, como mineração; direcionamento governamental e alta concentração (OECD, 2003, p. 7). Com objetivos tão polivalente, foi proposital o surgimento de uma preocupação inicial dos negócios sul-africanos acerca de eventuais arbitrariedades das autoridades concorrenciais. Todavia, desde o início da sua aplicação, notou-se que os aspectos de eficiência destes objetivos são considerados mais importantes que os outros aspectos, bem como que os objetivos de interesse públicos são usados de maneira transparente e explícitas nas decisões delas (OECD, 2003, p. 18).

Na África do Sul, além das preocupações mais ortodoxas, tais como eficiências produtiva, alocativa e dinâmica e preços, combate-se a fossilização numa perspectiva positiva. Em outras palavras, tais como os direitos de segunda geração ou positivos, o grande mote seria a promoção ou ação estatal para se evitar a fossilização dos mercados através de emprego, de participação equânimes das empresas médias e pequenas de competitividade internacional e de

---

(f) the nature and extent of vertical integration in the market;

(g) whether the business or part of the business of a party to the merger or proposed merger has failed or is likely to fail;

[S 12A(2)(g) subs by s 9(c) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(h) whether the merger will result in the removal of an effective competitor;

[S 12A(2)(h) subs by s 9(c) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(i) the extent of ownership by a party to the merger in another firm or other firms in related markets;

[S 12A(2)(i) ins by s 9 (d) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(j) the extent to which a party to the merger is related to another firm or other firms in related markets, including through common members or directors; and

[S 12A(2)(j) ins by s 9 (d) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(k) any other mergers engaged in by a party to a merger for such period as may be stipulated by the Competition Commission.

[S 12A(2)(k) ins by s 9 (d) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(3) When determining whether a merger can or cannot be justified on public interest grounds, the Competition Commission or the Competition Tribunal must consider the effect that the merger will have on—

(a) a particular industrial sector or region;

(b) employment;

(c) the ability of small and medium businesses, or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to effectively enter into, participate in or expand within the market;

[S 12A(3)(c) subs by s 9 (e) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(d) the ability of national industries to compete in international markets; and

[S 12A(3)(d) subs by s 9 (e) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

(e) the promotion of a greater spread of ownership, in particular to increase the levels of ownership by historically disadvantaged persons and workers in firms in the market.

[S 12A(3)(e) ins by s 9 (f) of Act 18 of 2018, wef 12 July 2019.]

[S 12A inserted by s 6 of Act 39 of 2000 wef 1 February 2001.] (SOUTH AFRIC, 2021)

dispersão da propriedade com critérios raciais<sup>210</sup>. No mais, alguns autores sustentam que até mesmo a soberania sul-africana seria tutelável pelo controle de concentrações<sup>211</sup>.

Por fossilização de mercado, entende-se um mercado com baixa competitividade, o que, num mundo intensamente globalizado, deve ser concebido com base nos interesses de cada Estado.

Além disso, destaca-se que a proteção de matéria de interesse público em restrição à competitividade de mercados ocorre nos EUA através de isenções legais a certos mercados cujas características de monopólio natural ou segurança social se sobrepõem à simples concorrência. Exemplificam-se aqui os sindicatos e seguros (FORGIONI, 2020, p. 210). Nessa seara, na legislação concorrencial da África do Sul, há legitimidade dos sindicatos dos trabalhadores para impugnar, recorrer e agir como terceiro interessado no processo administrativo concorrencial<sup>212</sup>. Em pesquisa para estudar a intensidade da intervenção de terceiros no processo concorrencial sul-africano, conclui-se pela relação diretamente proporcional entre objetivos de interesse público com um crescimento dessas intervenções (DINI, 2013).

---

<sup>210</sup> Conclui-se, em estudo com o direito comparado para países dos Brics, que “the 1998 Act thus envisions a role for the competitive process in rectifying the distortions and inequities wrought on the economy and society by the apartheid regime. Both these strands in the legislation ultimately relate to the government’s economic, development, and social policies” (BELIKOVA, 2016, p. 25).

<sup>211</sup> Na discussão do famoso caso da Fusão do Wal-Mart com a Massmart da África do Sul, observa que, “neste caso, embora o impacto total ainda não tenha ocorrido, os muitos atores, como o governo, a Comissão de Concorrência e a Federação dos Sindicatos se envolveram desde o início e procuraram garantir o máximo de vantagem para o país e seus cidadãos. Eles o fizeram recorrendo à Comissão de Concorrência da África do Sul, bem como ao sistema de apelações. Sem essa infraestrutura institucional e o pano de fundo de estabilidade e cooperação econômica, social e política, a experiência das empresas transnacionais na África do Sul e o impacto na soberania nacional poderiam ter sido muito diferentes” (BEZUIDENHOUT; KLEYNHANS, 2015, p. 106, tradução nossa). “In this case, while the full impact has yet to play out, the many role-players, such as the government, the Competition Commission and the Federation of Trade Unions became involved early on and sought to ensure maximum advantage to the country and its citizens. They did so by tapping into the South African Competition Commission as well as the appeals system. Without this institutional infrastructure and the backdrop of economic, societal and political stability and co-operation, South Africa’s experience of TNCs, and the impact on national sovereignty, might have been very different” (BEZUIDENHOUT; KLEYNHANS, 2015, p. 106).

<sup>212</sup> Conforme dissertação de mestrado com um capítulo dedicado aos remédios do direito concorrencial sul-africano: “os processos administrativos costumam contar com a participação de ministérios e sindicatos, visto que a LDCAS dá aos ministérios do governo sul-africano o direito de intervir, como terceiro interessado qualificado, nos processos de grandes operações econômicas. A Lei também exige notificação dos sindicatos que representem um ‘número substancial’ de trabalhadores empregados pelas requerentes de grandes concentrações empresariais” (TOKUZUMI, 2019, p. 65). Afinal, a preocupação com a empregabilidade se tornou questão crucial no direito concorrencial da África do Sul. Nas palavras de Tokuzumi (2019, p. 68) quando se refere ao guia para remédios heterodoxos denominado *Guidelines on the Assessment of Public Interest Provisions in Merger Regulation under the Competition Act No. 89 of 1998* “a autoridade antitruste considerará o remédio mais apropriado de acordo com as peculiaridades do ato de concentração, caso a caso. Contudo, o remédio mais comum com base em interesses públicos é consistido na limitação do número de perdas de emprego decorrentes de um ato de concentração. De fato, o mercado de trabalho se tornou uma questão prioritária de política pública em decorrência das altas taxas de desemprego na África do Sul, o que faz com que referido remédio tenha se tornado cada vez mais defendido pelos sindicatos e ministros”.

Em recente pesquisa com direito comparado concorrencial, Wei destaca a dificuldade prática de se separar os objetivos concorrenciais estritos de outros objetivos, preferindo uma legislação que apenas adote os primeiros:

devido a uma abordagem de desenvolvimento em vez de uma abordagem de pura eficiência, a China não copia diretamente as experiências de jurisdições maduras. Às vezes, as agências locais de fiscalização precisam fazer concessões entre muitos objetivos diferentes e até contraditórios. É um sinal de período de transição. A longo prazo, a aplicação da lei antitruste deve ser autônoma e prevalecer sobre a política do setor e outras preocupações não concorrenciais<sup>213</sup> (WEI, 2014, p. 56, tradução nossa).

Cita-se a abordagem de Wei, pois ela se dá em estudo no qual se tentou verificar os malefícios de diversas influências incidirem simultaneamente em uma dada legislação sem alguma organização. Todavia, acredita-se que esse não é o caso da África do Sul, pelos propósitos maiores existentes quando da legislação do *Competition Act* de 1998.

#### 4.2.2 Objetivos concorrenciais do Brasil

No Brasil, dentro do dispositivo do art. 85 da lei nº 12.529/11, dispõem-se:

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

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

I - cumulada ou alternativamente:

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

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

Deve-se citar, no estudo dos objetivos concorrenciais brasileiro, o artigo primeiro da sua lei antitruste, o qual serve de princípio às análises:

art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

No Brasil, além das eficiências econômicas em suas múltiplas formas, tais como produtiva, alocativa e dinâmica, combate-se a fossilização numa perspectiva negativa. Em

<sup>213</sup> “Due to a development approach instead of a pure efficiency approach, China does not copy directly the experiences of mature jurisdictions. Sometimes, local enforcement agencies have to make compromises among many different and even contradictory objectives. It is a sign of transition period. In the long run, enforcement of antitrust law should be autonomous from and prevail over the industry policy and other non-competition concerns (WEI, 2014, p. 56).

outras palavras, tais como os direitos de primeira geração ou negativos, o grande mote seria a abstenção estatal para se evitar a fossilização dos mercados.

Em pesquisa de direito comparado em que se visou, entre outros, a verificar o debate acerca dos fins ou objetivos das leis concorrenciais dos países da América Latina com uma abordagem pró-desenvolvimento<sup>214</sup> (ALVAREZ; HORNA, 2018), os objetivos do Brasil são vistos a partir do artigo 1º da lei anterior 8.884/94, o qual pode ser equiparado na presente lei (12.529/11) ao seu artigo primeiro igualmente<sup>215</sup>. Segundo este estudo, seriam objetivos da lei brasileira: “prevenir e processar infrações contra a ordem econômica como forma de promover a livre iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a proteção do consumidor e a coibição dos abusos do poder econômico (artigo 1º da Lei 8.884)”<sup>216</sup> (ALVAREZ; HORNA, 2018, p. 99, tradução nossa).

Em pesquisa de direito comparado para o controle de fusões e aquisições de concentrações horizontais nos BRICS, Krasulova compreende que o Brasil inspirado no FTC norte americano teria adotado objetivos antitruste apenas em termos econômicos (“declaring its

---

<sup>214</sup> Sob esta abordagem os objetivos concorrenciais são plurímeros: “concorrência também garante uma alocação mais eficiente de recursos na economia e permite preços mais baixos e melhor qualidade em uma maior variedade de produtos disponíveis. A aplicação efetiva da lei de concorrência fortalece a concorrência, o que estimula a produtividade, a inovação e, em última análise, o crescimento. Isso nos traz um círculo completo, sendo o crescimento a chave para o alívio da pobreza” (ALVAREZ; HORNA, 2018, p. 127, tradução nossa). “Competition also ensures a more efficient allocation of resources in the economy and allows for lower prices and better quality on an increased variety of available products. Effective competition law enforcement strengthens competition, which stimulates productivity, innovation, and ultimately growth. This brings us full circle, with growth being the key to poverty alleviation” (ALVAREZ; HORNA, 2018, p. 127). Especificamente quanto à pobreza, existem duas finalidades possíveis para o direito concorrencial: primeiro, ela o faz diretamente prevenindo e punindo práticas injustas em mercados-chave para os pobres (alimentos, saúde, transporte público, combustíveis e habitação). A pobreza também é abordada por meio do aprimoramento da inovação e do crescimento por meio da forte concorrência de mercado (ALVAREZ; HORNA, 2018, p. 127, tradução nossa). First, it does so directly by preventing and punishing unfair practices in key markets for the poor (food, health, public transport, fuels, and housing). Poverty is also addressed by enhancing innovation and growth through tough market competition (ALVAREZ; HORNA, 2018, p. 127). Esta ideia do direito concorrencial combatendo a pobreza não é nova: “Bhattarcharjea, baseando-se na noção mais ampla de desenvolvimento humano (em vez de “apenas” econômico), sugere que a aplicação da lei e a política de concorrência nos países em desenvolvimento devem se concentrar em “setores que afetam diretamente o bem-estar dos pobres, em particular os essenciais”: bens de consumo, agricultura [e seus insumos] e saúde” (AYDIN; BUTHE, 2006, p. 8, tradução nossa). “Bhattarcharjea, drawing on the broader notion of human (rather than “just” economic) development, suggests that competition law enforcement and policy in developing countries should focus on “sectors that directly impinge on the well-being of the poor, in particular essential consumer goods, agriculture [and its inputs] and health care” (AYDIN; BUTHE, 2006, p. 8).

<sup>215</sup> No atual dispositivo, existe a seguinte prescrição: “art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

<sup>216</sup> “prevent and prosecute infractions against the economic order as a means of promoting free enterprise, free competition, the social role of property, consumer protection, and restraint of abuses of economic power (Article I of Law 8.884)” (ALVAREZ; HORNA, 2018, p. 99).

antitrust goals only in economic terms” (2017, p. 58)). De outro lado, os objetivos antitruste da África do Sul têm um

[...] amplo grau de objetivos econômicos e não econômicos, como a promoção da eficiência, a adaptabilidade e o desenvolvimento da economia, bem como a oferta aos consumidores de preços e escolhas de produtos competitivos. A lei também se esforça para promover o emprego e o avanço do bem-estar social e econômico, e objetivos sociais, como maior disseminação da propriedade para pessoas historicamente desfavorecidas<sup>217</sup> (KRASULOVA, 2017, p. 57).

Deve-se sempre ponderar que “[..] se a perspectiva da autoridade antitruste for além do preço, haverá maior risco de usurpação e sobreposição de competências legais entre agências reguladoras e autoridade de defesa da concorrência” (ROCHA, 2019, p. 112). Conforme exposto em outros esclarecimentos<sup>218</sup>, “sem uma clara delimitação de quais aspectos da privacidade são de cunho concorrencial, a autoridade antitruste poderá acabar tutelando bens jurídicos que vão além da concorrência” (ROCHA, 2019, p. 112).

Afinal, “a principal dificuldade é conciliar diferentes princípios jurídicos e objetivos da política antitruste, em um cenário de tanta transformação. Não há dúvida que as inovações trazidas pelos mercados digitais são, em geral, bem-vindas e úteis para a economia e a vida em sociedade.” (ROCHA, 2019, p. 117).

Isto posto, o Brasil teria adotado objetivos concorrenciais ligados diretamente à eficiência. Já a África do Sul, além destes objetivos típicos, teria optado por objetivos concorrenciais não necessariamente ligados à eficiência. Em pesquisa com método de direito comparado, Campbell e Rowley entendem que Brasil e África do Sul<sup>219</sup> teriam se tornado mais ativos na jurisdição concorrencial: o primeiro com “[...] uma prescrição de dominância em um

<sup>217</sup> “[...] wide degree of economic and non-economic goals such as promotion of efficiency, adaptability and development of the economy as well as the provision of consumers with competitive prices and product choices. The Act additionally strives to promote employment and advancement of the social and economic welfare, and social goals such as greater spread of ownership for historically disadvantaged persons” (KRASULOVA, 2017, p. 57).

<sup>218</sup> Nos termos explicado por Forgioni (2020), essas políticas públicas devem ser especificadas o máximo possível no ordenamento jurídico em termos do que se quer alcançar e com qual grau de concorrência. No modelo adotado de política concorrencial brasileiro, não necessariamente se precisa do maior grau de concorrência, pois existem outros bens jurídicos extraconcorrenciais tuteláveis aqui.

<sup>219</sup> Conforme detalham Campbell e Rowley, “a moderna lei de concorrência sul-africana busca equilibrar a eficiência econômica com a equidade e o desenvolvimento socioeconômico.” Em uma das muitas reformas pós-apartheid, a África do Sul revisou substancialmente sua lei de concorrência em 1998 para incluir, entre outros elementos, uma estrutura legislativa para abordar comportamento anticoncorrencial das empresas dominantes. Além da promoção da eficiência econômica, os objetivos das disposições de domínio na Lei da Concorrência da África do Sul incluem a dispersão do poder econômico e distribuição de renda, livre escolha para vendedores e compradores e oportunidades iguais para as PMEs participar do mercado” (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 17, tradução nossa). “Modern South African competition law seeks to balance economic efficiency with socio-economic equity and development.” In one of many post-apartheid reforms, South Africa substantially revised its competition law in 1998 to include, among other elements, a legislative framework to address anti-competitive behaviour of dominant firms. In addition to the promotion of economic efficiency, the objectives of the dominance provisions in South Africa’s Competition Act include the dispersion of economic power and income distribution, free choice for sellers and buyers and equal opportunity for SMEs to participate in the market” (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 17).

nível de participação de mercado de 20% no Brasil”<sup>220</sup> (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 11, tradução nossa); e o segundo com “[...] objetivos de não eficiência no regime sul-africano relacionados ao emprego, bem-estar social e oportunidades para pessoas historicamente desfavorecidas”<sup>221</sup> (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 11, tradução nossa).

Percebe-se, em suma, que as questões concorrenciais ou outras questões de interesse público apresentadas na presente subseção funcionam no processo concorrencial destas autoridades como verdadeiras “válvulas de escape”. Caso haja prejuízo à concorrência nos termos de suas legislações, as concentrações ainda poderão ser autorizadas caso viabilizem essas questões concorrenciais ou de interesse público. Por fim, ressalta-se, na legislação sul-africana, a concentrações pode ser proibida por questões de interesse público ainda que não haja lesão (inibição) ou diminuição da concorrência.

Ao fim, remetemos os leitores para a subseção da abordagem brasileira no segundo capítulo desta dissertação para uma maior elucidação da extensão dos objetivos concorrenciais no Brasil.

#### 4.2.3 Um olhar a mais para a inovação

Assumido o paradigma da destruição criadora adotado desde a introdução desta pesquisa, a inovação ganha destaque nos objetivos concorrenciais. Neste paradigma, o primeiro papel do Estado é como investidor da inovação, na medida em que a inovação gera crescimento e prosperidade (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 15). O segundo papel do Estado é como protetor dos direitos de propriedade, especialmente os intelectuais, uma vez que a inovação é causada pela vontade de lucros monopolistas (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 15). Por último, o terceiro papel do Estado é como compositor dos interesses dos inovadores com os dos agentes previamente existentes, incluindo políticas assistencialistas a desempregados pela inovação (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 15).

Segundo este paradigma os efeitos da concorrência sobre a inovação e o crescimento econômico tem a forma do gráfico em “U” invertido, no mesmo sentido dos estudos de Tim Wu no movimento neo-brandeisiano no capítulo 2. Para Aghion, Antonin e Bunel (2021, p. 55-61), essa relação ocorre, pois negócios com baixa inovação terão incentivos para inovar e

---

<sup>220</sup> “[...] prescription of dominance at a 20 per cent market share level in Brazil” (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 11)

<sup>221</sup> “non-efficiency objectives in the South African regime related to employment, social welfare and opportunities for historically disadvantaged persons”.



alcançar negócios com alta inovação num mercado de baixa competitividade (com baixa possibilidade de novos entrantes) por ser mais factível aos primeiros alçarem os segundos. De outro lado, negócios com alta inovação terão incentivos para inovar e continuar competitivos num mercado de alta competitividade (com alta possibilidade de novos entrantes) para superar os novos concorrentes e escapar da competição<sup>222</sup>. Somando os dois lados dos gráficos, consegue-se vislumbrar a parte de baixo do gráfico em “U” de modo invertido: os negócios tendem a perder o incentivo a inovar na média conforme a fronteira de inovação se expande no geral.

Em capítulo no qual relaciona desigualdade e inovação, Aghion, Antonin e Bunel (2021, p. 75-103) concluem que a inovação aumenta a desigualdade do 1% com mais renda de uma população em face do restante. Entretanto, atribuem como seus efeitos positivos o crescimento econômico e a mobilidade social (capacidade de um indivíduo com baixa renda ou baixo ensino subir na pirâmide econômica). Em sentido contrário à inovação e à prática constatada em muitos países, o *lobby* é posto como uma tendência de grandes empresas e como instrumento para desencorajar inovação e crescimento ao mesmo tempo em que aumenta a desigualdade geral (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 103).

Assim, tanto políticas desenvolvimentistas quanto políticas antitruste devem levar em conta a inovação. Fusões e aquisições podem aumentar a inovação e desse modo conferir crescimento econômico e incentivar a concorrência no mercado. Contudo, pode haver um desincentivo à inovação para alguns agentes econômicos (principalmente quando empresas muito distantes daquelas muito inovadoras — *superstar firms*), devendo as autoridades antitruste compreenderem o tipo de mercado em análise<sup>223</sup>. A partir da perspectiva institucional, isto é, das regras do jogo, recomenda-se mover de uma política antitruste estática, focado em preços e *market share*, para uma política antitruste dinâmica, focada em inovação (GILBERT, 2020).

---

<sup>222</sup> Concluem os autores sobre o seu gráfico em “U” invertido: “portanto, quando a competição é inicialmente forte, sua intensificação terá um efeito negativo sobre a inovação em toda a economia, pois o efeito desencorajamento dominará em média (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 61, tradução nossa). “Therefore, when competition is initially strong, intensifying it will have a negative effect on innovation economic-wide, as the discouragement effect will dominate on average (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 61).

<sup>223</sup> Conforme explicitam Aghion, Antonin e Bunel, “essa história tem implicações importantes para a política econômica. Em particular, as políticas favoráveis a fusões e aquisições ajudam as empresas superstars a crescer e controlar mais setores. No curto prazo, estimulam o crescimento, mas no longo prazo prejudicam tanto a inovação quanto o crescimento” AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 122, tradução nossa). “This story has important implications for economic policy. In particular, policies favorable to mergers and acquisitions help superstar firms grow and control more sectors. In the short term, they stimulate growth, but in the long term, they hamper both innovation and growth” (AGHION; ANTONIN; BUNEL, 2021, p. 122).

A inovação é encontrada na legislação concorrencial do Brasil e da África do Sul.

Na lei concorrencial brasileira, o art. 88, que trata dos atos de concentração e estabelece as concentrações proibidas por meio do seu § 5º, permite as concentrações com as seguintes condições no seu § 6º:

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

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o **desenvolvimento tecnológico** ou econômico; e [...] (grifo nosso)

No *Competition Act*, percebe-se que a inovação é bem jurídico concorrencial no dispositivo 12A acerca das considerações de concentrações que

(1) Sempre que necessário para considerar uma concentração, a Comissão da Concorrência ou o Tribunal da Concorrência deve inicialmente determinar se a concentração é susceptível de impedir ou diminuir substancialmente a concorrência, avaliando os fatores estabelecidos na subseção (2), e se parecer que a concentração provavelmente impedirá ou diminuirá substancialmente a concorrência, então determinar –

(a) se a concentração pode ou não **resultar em qualquer ganho tecnológico**, de eficiência ou **outro ganho pró-competitivo** que seja maior do que e compense os efeitos de qualquer prevenção ou diminuição da concorrência, que possa resultar ou possa resultar da concentração, e provavelmente não seria obtido se a concentração fosse impedida [...] <sup>224</sup> [...] (SOUTH AFRICA, 2021, grifo nosso, tradução nossa).

Por mais que a inovação esteja formalmente prevista em ambas as legislações estudadas, precisa-se verificar em que medida ela é visada pelas autoridades antitruste quando do controle de concentrações. Afinal, se a inovação está umbilicalmente ligada aos mercados digitais, o seu *enforcement* do antitruste deve a considerar em suas decisões, bem como considerar o *trade-off* entre inovação e exclusão de mercado no modelo proposto por Wu<sup>225</sup> (2012).

<sup>224</sup> “(1) Whenever required to consider a merger, the Competition Commission or Competition Tribunal must initially determine whether or not the merger is likely to substantially prevent or lessen competition, by assessing the factors set out in subsection (2), and if it appears that the merger is likely to substantially prevent or lessen competition, then determine – (a) whether or not the merger is likely **to result in any technological, efficiency or other pro-competitive gain** which will be greater than, and offset, the effects of any prevention or lessening of competition, that may result or is likely to result from the merger, and would not likely be obtained if the merger is prevented [...]” (SOUTH AFRICA, 2021, grifo nosso).

<sup>225</sup> Em sua conclusão ácida, Wu aduz que “a principal objeção à aplicação da lei de concorrência que leva a inovação a sério é que é uma boa ideia na teoria, mas muito difícil na prática. Advogados e juízes não gostam de nada melhor que um caso bom e limpo de fixação de preços. Os *enforcers* sonham com um caso em que ninguém precise discutir ou se preocupar com justificativas pró-competitivas ou outras complicações. Isso pode facilmente levar à ‘fixação de preços’ - ficar preso em casos de preços porque eles são os casos mais fáceis e politicamente mais seguros de trazer. A ideia de promover ou proteger a inovação parece boa, mas desafiar um cartel da velha guarda que fixa preços altos é mais fácil” (WU, 2012, p. 328, tradução nossa). “The main objection to competition law enforcement that takes innovation seriously is that it's a good idea in theory but too difficult in practice. Lawyers and judges like nothing better than a nice, clean price-fixing case. Enforcers dream of a case where no one has to argue or worry about procompetitive justifications or other complications. This can easily lead to "price fixation" - getting stuck on pricing cases because they are the

### 4.3 Características e Funções nos Respectivos Ordenamentos Jurídicos

No Brasil, são etapas prévias a todo controle concorrencial, o que inclui o de concentrações, a definição de mercado relevante e do poder de mercado da concentração em concreto (FOGIONI, 2020; GABAN, DOMINGUES; 2006; FRAZÃO, 2017). A mesma trajetória de análise é notada na África do Sul para auferir o poder de mercado por meio do mercado relevante (STRUNZ, 2018, p. 70). Essas análises se embasariam em grande medida pela definição de concorrência conferida pelos objetivos concorrenciais.

Na África do Sul, “das 87 concentrações em mercados digitais notificadas entre 2011 e 2018, 82 foram aprovadas sem condições e as restantes 5 foram aprovadas com condições de interesse público. Notavelmente, nenhuma condição foi imposta para lidar com preocupações substanciais de concorrência”<sup>226</sup> (CC, 2020, p. 5). Todavia, esta última situação foi modificada com a primeira proibição no mercado de compras *online*, havendo questões substancialmente concorrenciais que impediram a aprovação pela Corte, como se verá no capítulo 5 da presente pesquisa.

O Competition Act traça as linhas das concentrações que impedirão, lesarão, inibirão ou diminuirão substancialmente a concorrência (dispositivo 12A, (1) e (2), do Competition Act). Essas linhas são compostas por níveis e tendências de concentração, por grau de poder compensatório, por histórico de conluio, por fatores dinâmicos como crescimento e inovação, por integração vertical, por probabilidade de fracasso de negócios e por remoção de um concorrente efetivo (MAKHAYA; MKWANANZI; ROBERTS, 2012, p. 47).

Após a análise das questões substancialmente concorrenciais, as questões de interesse público são colocadas segundo considerações como fatores de “ineficiência social” (ROBERTS, 2010, p. 10). Almeja-se, com isso, sancionar práticas no mercado que causem danos à sociedade, fora da esfera patrimonial. A legislação concorrencial sul-africana acaba por ver o mercado como agente de preconceito, de precarização do trabalho, de inibição da indústria doméstica e de inviabilização dos pequenos negócios.

Nota-se que a construção do controle de concentrações na África do Sul privilegia erros de tipo I (falso positivo ou *overenforcement*) aos erros de tipo II (falso negativo ou

---

easiest and politically safest cases to bring. The idea of promoting or protecting innovation sounds good, but challenging an old-school cartel that fixes high prices is easier” (WU, 2012, p. 328).

<sup>226</sup> “Of the 87 mergers in digital markets notified between 2011 and 2018, 82 were approved without conditions and the remaining 5 were approved with public interest conditions. Notably, no conditions have been imposed to address substantive competition concerns” (CC, 2020, p. 5).

*underenforcement*)<sup>227</sup>. Novamente a realidade do Estado imprime o crédito ou o descrédito com os tipos de erros na análise do controle de concentrações. Em pesquisa na qual se compara as abordagens com os tipos de erro entre EUA, EU e África do Sul, Devlin conclui que “Regras de erro, como visões sobre dominância e mercados, são contingentes e refletem experiências e crenças nacionais e regionais tanto, se não mais, quanto refletem a economia”<sup>228</sup> (DEVLIN, 2010, p. 97, tradução nossa).

No Brasil, o direito concorrencial é instrumento de políticas públicas: a concorrência implementa política pública e é implementada por políticas públicas. Tendo em mente que não ter política pública é uma política pública, o Brasil adotou uma linha mais de abstenção no que toca às questões de interesse público. Por isso, o Brasil objetiva tutelar bens de natureza substancialmente concorrencial, como eficiência produtiva ou de inovação, bem como garantir benefícios aos consumidores, caso concentrações econômicas sejam aprovadas.

Os objetivos concorrenciais apresentam essas características polivalentes em decorrência de se constituírem instrumento de políticas públicas. Os objetivos concorrenciais são definidos para funcionar de bússola às autoridades concorrenciais ao controlar concentrações. Portanto, servem para a análise das autoridades concorrenciais, determinando os valores e os fundamentos de suas decisões pela aprovação ou proibição das fusões e aquisições.

---

<sup>227</sup> Isso foi confirmado em pesquisa sobre os erros no direito antitruste, na qual a África do Sul ganhou destaque por se distanciar dos EUA, o qual possui a tendência de perseguir o *underenforcement* na dúvida: “David Lewis, ex-chefe do Tribunal de Concorrência da África do Sul, argumentou de forma representativa que a visão dos EUA sobre o erro é inaplicável ao regime antitruste em seu país. Sua experiência sugere que as premissas básicas por trás do domínio dos EUA, a saber, que os monopólios têm vida curta e os mercados são autocorretivos, não refletem o desempenho histórico das empresas dominantes e dos mercados monopolizados na África do Sul” [...]. Esses exemplos sugerem que as regras de erro, como visões sobre dominância e mercados, são contingentes e refletem experiências e crenças nacionais e regionais tanto, se não mais, quanto refletem a economia”. (DEVLIN, 2010, p. 96-97, tradução nossa). “David Lewis, the former head of the South African Competition Tribunal, has representatively argued that the U.S. view on error is inapplicable to the antitrust regime in his country. His experience suggests that the basic premises behind the U.S. rule, namely that monopolies are short-lived and markets are self-correcting, do not reflect the historical performance of dominant firms and monopolized markets in South Africa” [...]. These examples suggest that error rules, like views about dominance and markets, are contingent and reflect national and regional experience and belief as much as, if not more than, they reflect economics”. (DEVLIN, 2010, p. 96-97). Nesta pesquisa, em que se explorou uma variedade de práticas controversas com efeitos competitivos muito debatidos, Devlin (2010) buscou verificar qual a análise com mais custos ou riscos a depender da conduta controlada. Dado os exercícios de futurologias em controle preventivo, as probabilidades e cálculos incertos demandam um peso maior para os altos custos sociais em caso de *underenforcement* e na alta capacidade do mercado de suprir erros de *overenforcement* no controle de concentrações (DEVLIN, 2010, p. 105-109). Assim, no controle de concentrações, “um erro do tipo I ocorre quando uma aquisição que não criaria uma diminuição substancial da concorrência é proibida. Por outro lado, um erro do tipo II surge quando uma concentração anticompetitiva é aprovada” (DEVLIN, 2010, p. 106 tradução nossa). “A Type I error occurs when an acquisition that would not create a substantial lessening of competition is prohibited. Conversely, a Type II error arises when an anticompetitive merger is approved” (DEVLIN, 2010, p. 106).

<sup>228</sup> “Error rules, like views about dominance and markets, are contingent and reflect national and regional experience and belief as much as, if not more than, they reflect economics” (DEVLIN, 2010, p. 97)

#### 4.4 O Exame das Diferenças e Pontos Comuns

Apesar de as instituições e seus modelos formais não constituírem o cerne da presente pesquisa, é interessante pontuar que a África do Sul adotou um modelo de agência bifurcada (por duas pessoas jurídicas distintas, a CC e a Corte), no qual a autoridade tem o poder de investigação por meio da Comissão e deve ajuizar processos perante autoridade especializada da concorrência pela própria Comissão ou pela Corte, com direito de recurso para tribunal especializado dentro do braço judiciário do Estado através da CAC. Por sua vez, o Brasil adotou um modelo de agência integrada, no qual a autoridade do CADE tem o poder de investigação através da SG e julgamento por meio da SG e do TADE, mas sem posterior direito concorrential administrativo de recurso para órgãos de apelação gerais ou especializados.

Seguindo em frente, as diferenças mais básicas que podem ser citadas decorrem dos nítidos traços sociais mais intensos nos objetivos concorrentiais expressos na legislação da África do Sul. Se os pressupostos elencados para esta pesquisa acerca da conexão dos objetivos concorrentiais com as veias políticas e históricas de um país estão corretos, esta primeira diferenciação é impreterível.

Dessa diferença decorre uma outra, a listagem de objetivos específicos de interesse público em sua lei. Enquanto o Brasil coloca seus objetivos de interesse público no artigo primeiro de sua lei como princípios abrangentes e como reflexo da sua constituição federal, a África do Sul dedica um dispositivo específico dentro da seção de controle de concentrações para os objetivos de interesse público (ou não econômicos), ao lado ainda de outro dispositivo com os objetivos preponderantemente concorrentiais (ou econômicos).

Embora possa ser observado bens extraconcorrentiais no modelo brasileiro, seu delineamento é superficial e implícito, ao passo que o delineamento do modelo sul-africano é profundo e expresso.

Com uma metodologia empírica densa, Ma (2011, p. 314), ao comparar um grupo de países, coloca o Brasil em posição de total incapacidade de *enforcement*<sup>229</sup> da sua legislação

---

<sup>229</sup> Ma parte de pesquisas indicadoras de que quanto maior a eficiência no *enforcement*, maiores os efeitos alcançáveis do direito concorrential no crescimento econômico (MA, 2011, p. 301-304). Ela conclui, com sua pesquisa empírica e comparativa (“cross-country study”), que o aumento do escopo concorrential acarreta o aumento do crescimento econômico desde que haja um forte ou eficiente *enforcement* por de trás (MA, 2011, p. 319-320), de modo a desenhar a seguinte equação:  $\Delta\text{GROWTH} = 0.072 \times \text{EFFICIENCY} \times \Delta\text{SCOPE} = 0.072 \times 0.32 \times 3 = 0.069\%$  (MA, 2011, p. 326). Além disso, na conclusão de seu artigo, o autor ressalva outras variáveis não analisadas com profundidade: “the enforcement of competition law provides only the

antitruste a partir de sua infraestrutura socioeconômica, classificando-o dentro do grupo de países pobres (ao lado de China). Do outro lado do atlântico, mesmo caracterizada como país em desenvolvimento, a África do Sul é classificada dentro do grupo de países ricos (ao lado dos EUA), em vista de alguma tentativa de *enforcement* a partir de sua infraestrutura socioeconômica (MA, 2011, p. 314).

Nesse sentido, a África do Sul visou ao combate dos malefícios do *apartheid* com o aumento da dispersão da propriedade, particularmente entre pessoas historicamente desfavorecidas<sup>230</sup>. De outro lado, o Brasil fundou seu regime concorrencial em vista do desenvolvimento econômico a moda dos EUA e da Europa, porém existem indícios de que houve uma grande influência das *big techs* para edição da nova lei brasileira de 2011<sup>231</sup>.

De início, é válido ressaltar como ponto comum a alta densidade dogmática de ambos os regimes concorrenciais. Enquanto os objetivos concorrenciais brasileiros visam diretamente a questões econômicas e indiretamente a questões sociais, os objetivos concorrenciais sul-africanos visam diretamente às duas facetas. Essa capacidade legal de suas atuações também é perceptível ao longo de seus julgados como será observado na seção seguinte desta pesquisa. Nesse ínterim, em pesquisa comparativa, Kovacic e Lopez-Galdos (2016, p. 116) destacam que Brasil e África do Sul tiveram evoluções institucionais muito próximas, na medida em que as alterações em seus desenhos institucionais levaram a um crescimento de sua performance institucional.

Ademais, pode-se verificar que as autoridades concorrenciais de ambos os países dispõem de largos poderes na condução de suas competências institucionais, como na determinação de estudos de mercado, na instrução de seus processos administrativos e até na conclusão de acordos entre autoridade e empresas partes no processo concorrencial. Essa visão ficou clara em uma pesquisa comparativa de 2010, na qual as autoridades brasileiras receberam o índice de 0.86 e as sul-africanas o de 0.93 (BRADFORD; CHILTON, 2018, p. 36-37), o que

---

preconditions for intense competition but not the intense competition itself. The success or failure of the law depends on the competition culture that is shaped by the country's socioeconomic ideology and institutional framework" (MA, 2011, p. 334).

<sup>230</sup> Em pesquisa de direito comparado, na qual se objetivou descrever os objetivos concorrenciais de alguns países para se verificar a noção de um "one-size-fits-all, os objetivos concorrenciais da África do Sul são vistos como reflexos do legado do *apartheid*: "[...] South Africa's competition legislation, which aims to increase the spread of ownership, particularly amongst historically disadvantaged people, stems from a move to address the legacy of apartheid" (ADHIKARI; KNIGHT-JOHN, 2004, p. 4).

<sup>231</sup> Com uma crítica profunda, a professora Paula Forgioni (2020) descreveu em recente palestra que as mudanças dos critérios para análise do controle de concentrações constante na nova legislação antitruste de 2011, a exemplo do extinto critério do *Market Share*, aconteceu para favorecer as concentrações das já ascendentes *Big Techs* que visavam adquirir pequenos concorrentes e solapar a competitividade dos seus mercados.

também pode ser concluído na vigência da nova lei brasileira de 2011 em vista da ampliação dos poderes do CADE por esta.

Apesar da desatualização das legislações concorrenciais do Brasil e da África do Sul, pode ser importante pontuar as notas qualitativas que seus controles de concentrações receberam nesta pesquisa de 2010, respectivamente 0.84 e 0.75 (BRADFORD; CHILTON, 2018, p. 36-37). Desse modo, nota-se que ambos os países obtiveram notas satisfatórias no que tange à prescrição nos seus controles de concentrações, ao menos no aspecto do “law in the books”. Segundo a pesquisa, o nível elevado da nota se deu pela notificação obrigatória e pelo critério de receita para esta submissão obrigatória em ambos os países (BRADFORD; CHILTON, 2018, p. 31).

A respeito das atualizações recentes de ambas as legislações, elas, com base na justificativa do desenvolvimento econômico, pautaram-se por autoridades concorrenciais mais voltadas para o controle de condutas do que o controle de concentrações nos termos de pesquisa comparativa que guarda semelhantes proporções com a atualidade (ROBERTS, 2004).

#### 4.5 Críticas ao Objeto Estudado e Propostas

Como analisa uma revisão do texto de David Gerber *Global Competition: Law, Markets and Globalization* acerca da hierarquia entre regimes jurídicos (leia-se objetivos concorrenciais) sobre outros, “O entusiasmo pela convergência baseado em crenças sobre a superioridade de um determinado regime parece, assim, ignorar, entre outras coisas, o significado político do direito da concorrência e as diferenças nos interesses econômicos dos países”<sup>232</sup> (DASKALOVA, 2011, p. 108). Posteriormente, em uma entrevista o autor explicita que na realidade se trata de como lidar com sua situação específica ou mesmo do que é bom para seu desenvolvimento em específico<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> “Enthusiasm about convergence based on beliefs about the superiority of a certain regime thus seems to overlook, among other things, the political significance of competition law and the differences in the economic interests of countries” (DASKALOVA, 2011, p. 108).

<sup>233</sup> Transcreve-se o trecho do raciocínio do autor David Gerber na entrevista: “É realmente uma questão de como você lida com sua situação particular – como você descobre o que é bom para seu próprio desenvolvimento. Os Estados Unidos concentram-se agora em acordos horizontais - cartéis. A abordagem econômica nos Estados Unidos depende da profissão de economista para avaliar o que é legal e o que não é legal. Uma questão-chave, portanto, é o nível de confiança que os economistas têm na execução de seus modelos. Isso leva a um foco em acordos horizontais, porque os economistas podem ter uma confiança relativamente alta na identificação dos danos de tais acordos. Os países em desenvolvimento podem ter prioridades muito diferentes. Eles podem querer se concentrar também nos arranjos verticais e na conduta da empresa dominante, mas estes tendem a atrair pouca atenção dos economistas, porque eles têm confiança limitada em prever danos causados por eles” (DASKALOVA, 2011, p. 53, tradução nossa). “It is really a question of how you handle your particular situation - how you figure out what’s good for your own development. The United States focuses now on

De outro lado, após analisar as principais divergências das jurisdições estudadas em sua pesquisa de direito concorrencial comparado, Campbell e Rowley concluem que “[...] a convergência para princípios econômicos sólidos tem o potencial de reduzir as perdas de bem-estar e os encargos decorrentes de regras de concorrência insuficientes ou excessivas”<sup>234</sup> (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 39, tradução nossa). Objetivos concorrenciais testados em outras jurisdições podem servir para melhorar o nível de competitividade de um país que o adote recentemente. Contudo, os objetivos concorrenciais refletem opções políticas<sup>235</sup>, as quais por sua vez são produtos das peculiaridades de cada país. Ressalva-se que algumas dessas opções políticas poderão guardar caráter econômico<sup>236</sup>. Por isso, a competitividade será conceituada nos termos dos objetivos concorrenciais, isto é, aquilo que as autoridades concorrenciais deverão perseguir por escolha de cada país.

Como pondera Waller: “grande parte da comunidade global entende a lei e a política antitruste dos EUA, mas rejeitou sua atual forma restrita em favor de uma visão mais ampla do que a lei da concorrência significa, quais regras legais são apropriadas e como devem ser aplicadas”<sup>237</sup> (WALLER, 2020, p. 129, tradução nossa). Como conclusão salomônica em seu

---

horizontal agreements - cartels. The economic approach in the United States relies on the economics profession to assess what is legal and what is not legal. A key issue, therefore, is the level of confidence economists have in running their models. This leads to a focus on horizontal agreements, because economists can have relatively high confidence in identifying the harms from such agreements. Developing countries may have very different priorities. They may want to focus also on vertical arrangements and dominant firm conduct, but these tend to attract little attention from economists, because they have limited confidence in predicting harm from them” (DASKALOVA, 2011, p. 53).

<sup>234</sup> “[...] convergence towards sound economic principles has the potential to reduce welfare losses and burdens arising from insufficient or excessive competition rules” (CAMPBELL; ROWLEY, 2011, p. 39).

<sup>235</sup> A esta altura da dissertação, pode parecer óbvio, mas é importante destacar o caráter político do direito antitruste, além de seu congêneres econômico. Conforme pesquisa empírica de Parakkal (2011), a qual inclui Brasil e África do Sul de 1990–2008, a natureza do sistema político, o império da lei (república) e a ideologia política determinam a criação de uma legislação concorrencial. Em resumo, “os resultados das regressões de dados em painel indicam que a promulgação de leis de concorrência é mais provável se o sistema político for mais democrático e de esquerda. Surpreendentemente, países com sistemas de estado de direito fracos são mais propensos a promulgar leis de concorrência, levando a questões de aplicação e cumprimento” (PARAKKAL, 2011, p. 609, tradução nossa). “The results from panel data regressions indicate that the enactment of competition laws is more likely if the political system is more democratic and left-leaning. Surprisingly, countries with weak systems of rule of law are more likely to enact competition laws, leading to questions of application and enforcement” (PARAKKAL, 2011, p. 609).

<sup>236</sup> Conforme pesquisa empírica para se comparar as causas econômicas das legislações concorrenciais no mundo a partir de sua revisão de dados, Kronthaler e Stephan (2007) compreendem como fatores que determinam a criação delas com grandeza diretamente proporcional: o nível do desenvolvimento econômico, o tamanho da economia, reformas ou transição sistemáticas, abertura de mercado, investimento estrangeiro direto, papel das organizações internacionais, participação em tratados de comércio internacional, políticas sociais, subsídios ou ajuda estatal a particulares e corrupção. De outro lado, são fatores que determinam a criação delas com grandeza inversamente proporcional: industrialização, influência estatal na economia, e substituição de importação ou restrição à exportação. Outra pesquisa empírica mais clássica acerca das causas econômicas das legislações concorrenciais ao redor do mundo pode ser encontrada em Palim (1998).

<sup>237</sup> “Much of the global community understands U.S. antitrust law and policy, but has rejected its current narrow form in favor of a broader vision of what competition law means, what legal rules are appropriate, and how they should be enforced” (WALLER, 2020, p. 129).



estudo comparativo, ele expõe: “é justo discutir e debater se uma determinada lei, procedimento, instituição ou remédio pode ser melhorado, mas não há soluções universais para todos, exceto para as questões mais mundanas”<sup>238</sup> (WALLER, 2020, p. 212, tradução nossa).

Em termos de política para o desenvolvimento econômico de um país, nossa conclusão não foge muito do que já é longamente estudado por estudiosos do tema. A autonomia de uma país para perseguir seu desenvolvimento econômico é estudada por Lau (2008) na verificação se comércio, investimento e política concorrencial conseguem trabalhar em harmonia. Nele, no que tange à escolha dos objetivos concorrenciais em vista de um mercado competitivo e investimento estrangeiro direto (FDI), o autor exprime que “os países em desenvolvimento podem escolher qualquer política industrial ou social que considerem necessária. Os países em desenvolvimento não serão impedidos de perseguir seus respectivos objetivos”<sup>239</sup> (LAU, 2008, p. 144, tradução nossa).

Afinal, o direito concorrencial sul-africano nos faz questionar a respeito da alma ou matéria do direito concorrencial brasileiro<sup>240</sup>. Ora, se o direito concorrencial é tão essencial aos Estados, por que não existem tantos tratados internacionais para o direito concorrencial quanto os que tratam dos direitos humanos? A resposta a esta pergunta nos faz voltar ao reflexo do povo que o direito concorrencial exprime: “regras que se aprofundam tanto no tecido da economia de um país só serão bem-sucedidas se assentarem em uma base legal, econômica e

---

<sup>238</sup> “It is fair to discuss and debate whether a given law, procedure, institution, or remedy can be improved, but there are no universal solutions for all but the most mundane issues” (WALLER, 2020, p. 212).

<sup>239</sup> “developing countries may choose whatever industrial or social policy they feel is necessary. Developing countries will not be hindered from pursuing their respective objectives” (LAU, 2008, p. 144).

<sup>240</sup> Na resenha de Ezrachi e Stucke: “O antitruste trata apenas de promover alguma forma de eficiência econômica (ou, como argumentam os cínicos, os interesses dos poderosos que se escondem atrás de uma abordagem utilitária estreita) ou o bem-estar dos impotentes (a maioria dos cidadãos que se sentem cada vez mais desprivilegiados pelo grande governo e grandes negócios)? [...] **O que a África do Sul, a UE, os EUA e outras jurisdições procuram promover pode diferir nas margens. Chamar de impuros os objetivos antitruste de um país dificilmente avança o debate. Embora possam existir diferenças na margem, em última análise, o direito da concorrência em todo o mundo pode promover vários objetivos políticos, sociais e econômicos comuns.** Seria de esperar que nosso objetivo ideal comum fosse promover nosso bem-estar em uma economia inclusiva (ou seja, que beneficie muitos cidadãos, não apenas o 1% mais rico), proteja os interesses de privacidade de seus cidadãos, promova o bem-estar geral, e promove uma democracia saudável” (EZRACHI; STUCKE, 2018, p. 1-2, grifo nosso, tradução nossa). “Is antitrust solely about promoting some form of economic efficiency (or as cynics argue, the interests of the powerful who hide behind a narrow utilitarian approach) or the welfare of the powerless (the majority of citizens who feel increasingly disenfranchised by big government and big business)? [...] **What South Africa, the EU, the USA, and other jurisdictions seek to promote may differ at the margins. Calling one country’s antitrust goals impure hardly advances the debate. While differences may exist at the margin, ultimately, competition law worldwide can advance several common political, social and economic goals.** One would hope that our common optimal goal will be to promote our welfare in an economy that is inclusive (i.e., benefits many citizens, not just the wealthiest 1 per cent), protects the privacy interests of its citizens, promotes overall well-being, and promotes a healthy democracy” (EZRACHI; STUCKE, 2018, p. 1-2, grifo nosso).

social sólida”<sup>241</sup> (WOOD, 2003, p. 317, tradução nossa). Assim, não existem tamanha quantidade de tratados internacionais acerca de direito concorrencial porque este ramo do direito é motivo de intenso debate e difícil concordância entre os países, talvez mais que os direitos humanos em alguma medida.

Em estudo da organização internacional International Competition Network (ICN), Fox (2009) ressalta que algumas melhorias e uniformizações nos controles de concentrações dos países seriam possíveis, porém o respeito às peculiaridades de cada país é mais importante do que uma possível melhoria da concorrência numa dada perspectiva. Para esta conclusão, ela adota como premissa que “a definição da lei antitruste e a articulação de seus objetivos mudam de tempos em tempos e são sensíveis ao contexto de cada país em particular, seu estado de desenvolvimento e suas condições econômicas”<sup>242</sup> (FOX, 2009, p. 152, tradução nossa).

De um lado, a pesquisa empírica de Lawson e Murphy (2016) concluem pela baixa causalidade entre regimes antitruste robustos, e competição intensa ou menor domínio econômico a partir do Global Competitiveness Report do Fórum Econômico Mundial, de questionários às pessoas sobre os negócios em seus países e de outros índices (rudimentares), como o PIB *per capita*.

Do outro lado, já houve pesquisa empírica em que se concluiu pela manutenção da intensidade da competição após a ampliação do escopo do controle de concentrações na legislação antitruste (HYLTON; DENG, 2007). No estudo em questão para o direito concorrencial de 102 países do mundo, incluindo Brasil e África do Sul, “não encontramos evidências de que aumentar o escopo da lei de concentrações ou dominância aumenta a intensidade da concorrência percebida – na verdade, há evidências fracas de que aumentar o escopo da lei de dominância reduz a intensidade da concorrência”<sup>243</sup> (HYLTON; DENG, 2007, p. 3). Neste estudo de 2007 (bastante defasado no que toca às legislações atuais), Brasil e África do Sul recebem exatamente as mesmas notas pela intensidade com que perseguem objetivos concorrenciais, com que regulam o controle de concentrações e com que permitem defesas de eficiência neste controle (HYLTON; DENG, 2007). Consigna-se que essa intensidade é

---

<sup>241</sup> “Rules that burrow so deeply into the fabric of a country's economy will succeed only if they rest on a sound legal, economic, and social foundation” (WOOD, 2003, p. 317).

<sup>242</sup> “The definition of antitrust law and the articulation of its goals change from time to time and are sensitive to the context of each particular country, its state of development, and its economic conditions” (FOX, 2009, p. 152).

<sup>243</sup> “We find no evidence that increasing the scope of merger or dominance law increases perceived competition intensity – indeed, there is weak evidence that increasing the scope of dominance law reduces the intensity of competition” (HYLTON; DENG, 2007, p. 3).

checada apenas pela densidade dogmática de suas legislações concorrenciais na pesquisa de Hylton e Deng (2007), o denominado *law in the books*.

A carência na busca pelos objetivos concorrenciais de ordem social nos casos analisados da África do Sul vai ao encontro das conclusões de outra pesquisa: “embora o regime de concorrência tenha sido relativamente eficaz em descobrir e bloquear os comportamentos mais abertamente monopolistas, não foi capaz de alterar a concentração de capital na economia ou abrir e diversificar o acesso aos mercados para novos entrantes”<sup>244</sup> (PONS-VIGNONA; SEGATTIB, 2013, p. 514, tradução nossa). Entretanto, deixa-se para analisar mais este ponto ao final do próximo capítulo.

Conectando o presente capítulo àquele destinado aos mercados das ideias antitruste, nota-se que o Brasil se alinha em grande medida com os objetivos concorrenciais da Escola de Chicago, porque adota expressamente os valores da eficiência e do consumidor para permitir concentrações prejudiciais à concorrência. De outro lado, percebe-se uma perspectiva da Escola de Harvard caso se concorde que um maior número de ofertantes e demandantes nos mercados é um dos objetivos concorrenciais no Brasil.

No segundo aspecto, é válido afirmar que o Brasil tenta se distanciar destes objetivos quando destaca a função social da propriedade no artigo primeiro de sua legislação antitruste, bem como por conceber uma autoridade antitruste com amplos poderes para adotar uma política concorrencial pautada pela retributividade e pela proporcionalidade. Esse segundo aspecto traz uma preocupação com o poder econômico, assimilada conforme os ensinamentos da Escola Ordoliberal, na medida em que uma concentração geradora de eficiência pode trazer mais malefícios que benefícios caso ponderado eficiência com liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

No terceiro aspecto, fica manifesta a tentativa de observar objetivos concorrenciais mais sociais quando sua autoridade concorrencial até mesmo elege objetivos de natureza eminentemente social, como “efeitos sociais” e “existência digna”, em algum de seus casos. Todavia, estes termos são usados de maneira superficial e sem destaque consoante apontado por Jasper (2021).

---

<sup>244</sup> “In total, while the competition regime has been relatively effective in uncovering and blocking the most overtly monopolistic behaviours, it has not been able to alter capital concentration in the economy or open and diversify access to markets for new entrants” (PONS-VIGNONA; SEGATTIB, 2013, p. 514).

Passando o atlântico, a África do Sul igualmente adotou a preocupação com a eficiência e o consumidor da Escola de Chicago, bem como a preocupação com um grande número de *players* nos mercados da Escola de Harvard.

Também do mesmo modo que o Brasil, existe o objetivo de se garantir que exista um poder apto a fazer frente ao poder econômico advindo da concentração conforme os postulados da Escola Ordliberal.

Todavia a legislação concorrencial da África do Sul reflete em maior medida os valores e necessidades da sua sociedade, resultando numa evolução institucional em vista dos objetivos de interesse público consoante demonstrado anteriormente. Caso tentemos formular uma classificação cirúrgica para o fenômeno da África do Sul, a teoria crítica explica melhor o direito concorrencial sul-africano.

Afinal, apesar de existirem objetivos sociais, como negócios nacionais e pequenos negócios em seu texto classificáveis dentro dos objetivos sócio-políticos do movimento neobrandesiano; a tentativa de refletir os conflitos na sociedade por meio de empregabilidade e desfavorecimento por questões raciais exprime tentativa de se romper estruturas sociais mantidas pelo mercado por meio dos interesses dos lesados diretamente pela concentração. Mais do que objetivos estritamente concorrenciais, a África do Sul conferiu às suas autoridades antitruste competência expressa e profunda para se analisar questões de interesse público, posicionando os diversos agentes econômicos interessados, como empregados, pequenos negócios e discriminados por questões raciais, no centro da sua política concorrencial diuturna, como se verá a seguir em alguma intensidade.

## **5 ESTUDO DE CASO DAS AUTORIDADES CONCORRENCIAIS BRASILEIRAS E SUL-AFRICANAS**

Por conta do quanto fundamentado na metodologia desta pesquisa, lançam-se aqui os relatórios dos casos da jurisprudência paradigmática traçada pelo relatório dos BRICS (2019), bem como dois casos brasileiros complementares ao citado relatório por desenvolverem as análises do mercado relevante e do poder de mercado no mercado de compras *online*. Após, são destacadas uma tabela para os casos sul-africanos e outra tabela para os casos brasileiros de sorte a fixar os nomes dos casos, as partes da concentração econômica, a conclusão das autoridades concorrenciais, os objetivos concorrenciais postos na fundamentação por elas e o mercado relevante retratado. Por fim, com base nos relatórios e nas sistematizações, foi realizada a análise deles com o objetivo de expor as semelhanças e diferenças entre os casos, além de aplicar o método da teoria crítica a vista do exame da utilidade dos instrumentos concorrenciais na jurisprudência da África do Sul e do Brasil em face do instituto de seus objetivos concorrenciais.

### **5.1 Relatórios das Decisões das Autoridades Concorrenciais Brasileiras e Sul-Africanas**

Posta a introdução na presente seção, passamos aos relatórios de cada caso estudo em vista da análise da utilidade dos instrumentos concorrenciais na jurisprudência da África do Sul e do Brasil em face do instituto de seus objetivos concorrenciais: Takealot and Kalahari, MIH and Autotrader, MIH eCommerce And We Buy Cars, PedidosJá e iFood, Magazine Luiza e NS2 e MIH And We Buy Cars.

### **5.2 Casos Sul-Africanos**

#### **5.2.1 caso sul-africano Takealot and Kalahari**

Trata-se de uma concentração envolvendo a aquisição do controle pela Takealot dos negócios da Kalahari, uma divisão da MIH (parte do grupo conglomerado Naspers Limited). Quanto às atividades das empresas em análise, despertam-se preocupações de integração horizontal e vertical. Na primeira integração, Takealot e Kalahari são ofertantes no varejo *online* de bens e produtos de consumo. Na integração vertical, a subsidiária da Takealot, Mr Delivery, é fornecedora de insumos às atividades da Kalahari.

Na decisão da Comissão, em primeiro lugar, considerou o mercado mais vasto de vendas de bens de consumo e serviços (*online* e físico sem especificação), concluindo que a quota de mercado pós-concentração da entidade resultante da concentração seria de aproximadamente 1-5%. Em segundo lugar, a Comissão considerou os vendedores *online* e os tradicionais físicos com presença *online*, concluindo que a quota de mercado da entidade resultante da concentração seria de aproximadamente 30-40%. Por último, a Comissão considerou um mercado restrito que se concentra apenas nos varejistas exclusivamente *online*, concluindo que os mercados pós-concentração da entidade resultante da concentração seriam de aproximadamente 70-90%.

Em vista das pesquisas de mercado, a comissão considerou que varejistas físicos exercem alguma pressão em varejistas *online* devendo ser esse o ambiente de análise embora ela tenha concluído sobre os parâmetros do seu mercado relevante.

A comissão decide ao final que a concentração improvavelmente diminuirá ou lesará (inibirá) a competição no que tange a estas questões de ordem estritamente concorrencial.

Todavia, a comissão considerou que a concentração despertava interesses públicos no que tange aos empregos em decorrência de 290 reduções. Por causa disso, as partes se comprometeram a só reduzir 200 trabalhadores e a ajudar os trabalhadores afetados de várias formas, incluindo um fundo de treinamento com valor fixado por trabalhador.

Com isso, a operação é aprovada apesar de sujeitas a algumas condições, com as razões da Comissão publicadas em 06/03/2015.

A título de complementação, em 25/08/2017, o controle da Takealot foi adquirido pela MIH da Nasper, obtendo 58,26% das ações dela, a partir da aprovação desta concentração sem condições pelo Competition Tribunal da África do Sul.

### 5.2.2 Caso sul-africano MIH and Autotrader

Por se tratar de uma concentração grande, a Comissão remeteu o caso à Corte, o qual aprovou a concentração com algumas condições entre MIH Ecommerce Holdings Proprietary Limited (“MIH eCommerce”) e Car Trader Proprietary Limited t/a Autotrader (“Autotrader”) com razões publicadas em 23/11/2017.

A MIH eCommerce é controlada pela Nasper, sendo aquela uma holding dos interesses no comércio eletrônico desta na África do Sul, controlando também a OLX, que é relevante para a análise por ser uma plataforma de classificados *online* e conectar demandantes e ofertantes de produtos e serviços num portal *online*.

De outro lado, a Autotrader tem uma plataforma de classificados *online* e tem anúncios impressos especializados na propaganda de veículos e produtos auxiliares para venda no seu portal *online*. Ela também presta serviços de consultoria e vende produtos de software para a indústria automotiva da África do Sul.

Após a operação controlada, a MIH eCommerce exerceria controle único sobre a Autotrader pela aquisição de todo o capital social.

Na análise da Comissão de Competição, a operação foi considerada como uma integração horizontal no mercado relevante de serviços de classificados automotivos *online* com dimensão geográfica a nível nacional. A entidade pós-concentração teria 52,71% do mercado relevante, sendo que 52,45% (a quase totalidade) adviria da adquirida. Além disso, ela ainda lidaria com a competição de outros classificados *online* de automóveis.

Quanto às barreiras de entrada, a Comissão constatou as condições previamente existentes de altos investimentos e de um tempo de 4 a 5 anos para construir relacionamento com os consumidores, bem como de adotar práticas atrativas. Quanto ao poder do consumidor, foi notado este poder, na medida em que eles podem negociar as taxas, podem trocar de serviço a depender da performance deste (não necessariamente pelo preço) e podem entrar em contratos sem exclusividade anual em decorrência da possibilidade de os finalizar com uma notificação prévia de 30 dias.

Assim, na decisão da Comissão, é improvável que a operação lese (iniba) ou diminua substancialmente a concorrência, entendimento corroborado pela Corte para sua decisão acerca da questão de competição.

Já, no tratamento de questões de interesse público, as partes da concentração garantiam que não haveria restrição de trabalhadores ou prejuízo a outra questão de interesse público. Para garantir a questão dos empregos, a Corte propôs a condição de não haver cortes de funcionários num período de dois anos após a aprovação da operação, o que foi aceito pelas partes e pela Comissão. Estas condições, suas exceções e seus procedimentos de controle e revisão são expostos ao final da decisão.

### 5.2.3 Caso sul-africano MIH eCommerce And We Buy Cars

Na operação proposta, MIH eCommerce Holdings (Pty) Ltd (MIH), atuando como OLX África do Sul (OLX), buscou adquirir o controle da WeBuyCars (Pty) Ltd (WBC). A WeBuyCars (WBC) adquire veículos usados principalmente de vendedores particulares, vendendo esses veículos a revendedores e a consumidores finais. De outro lado, OLX é uma

divisão operacional do MIH e atua como plataforma de classificados para propaganda, anunciando vários e diferentes produtos e serviços.

Deve-se ter em mente que MIH faz parte do grupo Naspers Limited, do qual também é parte a Autotrader, um portal de publicidade *online* em veículos motorizados, e a Media24, empresa de mídia impressa.

Todas estas empresas possuem atuação na África do Sul.

Por se tratar de uma concentração grande, a Comissão remeteu o caso à Corte, arguindo pela proibição da operação por substancialmente lesar (inibir) ou diminuir a competição do mercado.

A um, o grupo Nasper, do qual faz parte MIH eCommerce Holdings (Pty) Ltd (MIH), tem parte de uma possível competidora direta da WeBuyCars (Pty) Ltd (WBC), a Frontier Car Group Inc (FCG). Com isso, seria eliminada a entrada potencial da FCG, uma entidade da Naspers.

A dois, haveria um estabelecimento forte no poder de mercado da WBC e um crescimento das barreiras de entrada decorrentes das atividades relacionadas com OLX, AutoTrader, Media24 e o grupo Naspers em geral, o qual já teria uma ampla parcela em vários mercados.

Assim, a Comissão fundamentou que as condições oferecidas pelas partes para a aprovação da concentração não remediariam as preocupações concorrenciais em sentido estrito dadas.

O resultado do caso já ocorreu, porém após 2019, data do relatório dos BRICS utilizado. Mesmo assim, faz sentido que discorremos a respeito da fundamentação e conclusão do caso na *Competiton Court*, publicadas em 07/12/2020, diante da pertinência com a presente pesquisa.

A decisão da Corte está separada em três partes. A primeira trata de pedido de intervenção de terceira empresa Weelee para auxiliar a Comissão e a Corte. A segunda trata razões de mérito para a proibição. A terceira trata das razões para indeferir um pedido de “Discovery Application”, de pouca utilidade para a presente pesquisa.

Quanto à primeira parte, é importante destacar que, no pedido de intervenção, a empresa auxiliar exprime preocupação com a concentração de dados resultante, o que não é levada em consideração pela Comissão mesmo ao aconselhar a proibição do ato de concentração submetido.

Quanto à segunda parte, a Corte entende que o mercado de serviços de compra de carro, a exemplo da WebuyCar, é um mercado de dois lados, composto por um lado de aquisição



como mercado relevante e outro de venda<sup>245</sup>. A principal preocupação da Corte para reprovar a concentração esteve ligada ao possível prejuízo da entrada de um grande *player* internacional com efeito disruptivo no mesmo ramo da WBC, a FCG.

Uma razão secundária, mas importante de mencionar por considerar os efeitos em outros mercados horizontal e verticalmente relacionados, remete-nos às demais empresas do grupo Nasper as quais em conjunto com a WBC poderia conferir efeitos de alavancagens ligados principalmente aos dados. A Comissão nessa parte traz a preocupação com o poder gerado pela posse de dados essenciais ao negócio: “(i) *leads* de vendas individuais de carros particulares emanados da plataforma de publicidade OLX para a WeBuyCars; (ii) *leads* de vendas de revendedores provenientes do site da AutoTrader para WeBuyCars; (iii) a tecnologia da FCG que, em combinação com os dados provenientes da WeBuyCars, poderá ser alavancada a favor da WeBuyCars; e (iv) outras plataformas de mídia da Naspers que também poderiam ser alavancadas em favor da WeBuyCars”<sup>246</sup> (COMPETITION COURT, p. 60, tradução nossa).

Com isso, a concentração é proibida por questões substancialmente concorrenciais com base na possibilidade de excluir a entrada da FCG e com base no poder de mercado gerado no cenário pós-concentração pela elevação das barreiras à entrada.

## 5.3 Casos Brasileiros

### 5.3.1 Caso brasileiro PedidosJá e iFood

---

<sup>245</sup> Como o WBC agiria no modelo de *marketplace*, ele agrega os interesses de vendedores de carros usados e de compradores de carros usados, nesta última categoria inseridos consumidores finais e até distribuidores tradicionais de veículos. Na visão da Corte, os distribuidores (agentes tradicionais do mercado que compravam carros usados e os revendiam) não fariam parte do mesmo mercado da WBC por não os vender no modelo de *marketplace*: “181.1. não gaste o dinheiro em publicidade e marketing necessário para se estabelecer como um serviço de compra de carros na mente dos consumidores; 181.2. não possuem os sistemas e tecnologia que são essenciais para o seu funcionamento como tal (ou seja, um portal online); e 181.3. carecem de foco e incentivo para fazer esses investimentos porque geram a maior parte de suas receitas por meio de outros canais (TRIBUNAL DE CONCORRÊNCIA, p. 42, tradução nossa). “181.1. do not spend the money on advertising and marketing necessary to establish themselves as a car-buying service in the minds of consumers; 181.2. do not have the systems and technology which are essential to their operation as such (*i.e.* an online portal); and 181.3. lack the focus and incentive to make these investments because they generate most of their revenue through other channels (COMPETITION COURT, p. 42). Além disto, não concorreriam com WBC por a utilizar como alavancagem do seu próprio modelo tradicional ao comprar os carros usados nesta plataforma digital para revenda em seus próprios negócios.

<sup>246</sup> “(i) individual private car sales leads emanating from the OLX advertising platform to WeBuyCars; (ii) dealer sales leads emanating from AutoTrader’s website to WeBuyCars; (iii) FCG’s technology which, in combination with the data sourced from WeBuyCars, could be leveraged in favour of WeBuyCars; and (iv) Naspers’ other media platforms which could similarly be leveraged in favour of WeBuyCars” (COMPETITION COURT, p. 60).

A operação em discussão se trata da aquisição pela Naspers de 13% em participação na Delivery Hero, participação detida pelo Grupo Rocket, do qual é adquirida.

Quanto às partes envolvidas na operação, observa-se que a Nasper atua, no Brasil, com destaques da OLX e Buscapé no segmento de comparação de preços, bem como a iFood e a Spoonrocket no segmento de pedidos *online* de comida. Já a Delivery Hero atua no Brasil pelo segmento de pedidos *online* de comida também com a PedidosJá e a Subdelivery. Em síntese, no segmento de pedidos *online*, a operação é a aquisição da PedidosJá, com a Subdelivery considerada inexpressiva, pela iFood, com Spoonrocket considerada inexpressiva.

As partes afirmaram que o mercado relevante pelo produto deveria se constituir dos canais *online* (marketplaces, plataformas especializadas por empresa e plataformas especialistas em pedidos e logística) e dos canais *offline* (telefone)<sup>247</sup>, porém a Superintendência Geral do CADE (SG) considera apenas os modelos de pedidos *online* como mercado relevante. Assim, considera como mercado relevante na dimensão do produto pedidos *online* de comida, em seus três modelos (marketplace, plataformas dedicadas e especialistas em pedidos e logística).

Na dimensão geográfica para a SG, o mercado relevante, pela integração horizontal em questão, forma-se dos mercados municipais e do mercado nacional de pedidos *online* de comida por ter elementos locais e nacionais. Por fim, ressalta-se que se decidiu pela inexistência de integração vertical.

Na análise do poder de mercado, não foi possível usar o HHI devido à falta de dados dos concorrentes das requerentes. De outro lado, houve ausência de dados das requerentes no tocante a faturamento, pedidos e restaurantes em todas as cidades em que atuam. Por isto, a SG passa a demonstração da rivalidade e das barreiras de entrada,

A SG elenca algumas dificuldades relacionadas a etapas tradicionais da análise antitruste: 1) diagnósticos sobre a dinâmica competitiva, 2) identificação de tendências de mercado, 3) avaliação de condições de rivalidade, 4) avaliação do comportamento dos consumidores e 5) avaliação de entrada provável, tempestiva e suficiente. Essas dificuldades ocorrem por se tratar de um mercado 1) novo, 2) com muitas start-ups, 3) com poucos agentes consolidados, 4) em rápida transformação e 5) em maturação.

---

<sup>247</sup> É instigante constatar que foi justamente o surgimento do mercado de pedidos *online* que acarretou a distinção entre modelo de pedidos por telefone e modelo de pedidos *online*, pois não havia um mercado de pedidos de comida por telefone. Isso torna possível questionar se de fato houve uma disrupção (fenômeno da substituição do tradicional pelo novo), na medida em que não havia um mercado anterior de pedidos por telefone.

Um “market test” foi usado para medir a rivalidade e as condições de entrada com base nas respostas de 17 concorrentes das requerentes no mercado de pedidos *online* em seus três modelos.

Na rivalidade, a partir da constatação de que a iFood tem participação de quase 50% no mercado, indica-se as dificuldades de os canais *offline* exercerem rivalidade; de os restaurantes desenvolverem plataformas *online* próprias; e da baixa força de outras correntes por serem fragmentadas, serem start-up e ainda acabarem adquiridas pela iFood. Ademais, a posição da iFood no mercado é considerada principal como decorrente de ser o “first mover” pela sua inovação, tendo sua participação pouco alterada pela aquisição da adquirida. Apesar destas dificuldades, há expectativa de intensificação da rivalidade pela recente entrada de UberEATS e de Rappi. Além disso, a PedidosJá da adquirida demonstra pouco relevo no mercado com participação de 2% de modo a pouco impactar as estratégias comerciais e o volume de pedidos da iFood (p. 21).

Nas condições de entrada, apresentam-se estudos para afirmar o potencial crescimento do mercado brasileiro, sendo um cenário favorável à entrada, como a recente da UberEATS e da Rappi, havendo ainda possibilidade de novos entrantes como a Deliveroo, empresa britânica de pedidos de comida *online*, e a Amazon, empresa com serviço próprio de pedidos de comida nos EUA e no Reino Unido. As barreiras no mercado em análise estariam 1) na capacidade de criar uma ampla rede de restaurantes cadastrados, 2) na atração de consumidores, 3) nos contratos de exclusividade e 4) marketing.

Na sua conclusão, a SG entendeu que não havia prejuízo relevante ao mercado de pedidos *online* de comida. Fundamenta a análise, primeiramente, com a posição dominante da iFood prévia à concentração e a baixa participação da PedidosJá no mercado. Em segundo lugar, o mercado apresentaria potencial para rivalidade e para crescimento em decorrência da entrada recente da UberEats e da Rappi, players internacionais.

Em considerações finais, a SG destaca que o caso é o primeiro do mercado de pedidos *online* de comida a ser analisado.

Ante o exposto, foi recomendada a aprovação sem restrições em parecer com as razões. Então, elas serviram de motivação ao despacho do Superintendente-Geral, o qual aprovou a concentração sem restrições em 08/03/2018.

### 5.3.2 Caso brasileiro Magazine Luiza e NS2

A operação em discussão se trata da aquisição da totalidade do capital social da Netshoes Cayman pela Magazine Luiza.

No início do parecer da SG, há a informação em tabela de que se trata de sobreposição horizontal no mercado de comércio varejista on-line (*e-commerce*).

Quanto à atuação das partes a SG relata:

Magazine Luiza atua no comércio varejista de bens duráveis por meio de plataforma multicanal, composta por: (i) plataforma digital de venda (*e-commerce*), incluindo aplicativo e website; (ii) 796 lojas físicas convencionais; (iii) 163 lojas virtuais, nas quais os produtos são vendidos por meio de computadores, com o auxílio de vendedores e de um sistema multimídia com catálogo digital de todos os produtos, sem a necessidade de estoque físico de mercadorias; (iv) Magazine Você, canal de vendas diretas na internet, que permite a qualquer pessoa divulgar produtos do Magazine Luiza por meio de redes sociais e receber comissões pelas vendas originadas; (v) tele vendas; e (vi) vendas corporativas. Além disso, o Magazine Luiza também atua no mercado de varejo online multiprodutos, ofertando diretamente um portfólio bastante amplo de produtos (artigos de vestuário e acessórios esportivos e de lazer, calçados, produtos de higiene e cuidado pessoal, artigos de perfumaria, produtos eletrônicos e games, artigos de cama, mesa e banho, etc.), além de funcionar como *marketplace*, de forma a possibilitar que outros fornecedores ofertem esses mesmos tipos de produtos em sua plataforma digital. [...]

Por sua vez, a NS2 atua no comércio varejista online por meio de plataformas digitais de venda *e-commerce*, incluindo aplicativo e website ([www.netshoes.com.br](http://www.netshoes.com.br) e [www.zattini.com.br](http://www.zattini.com.br)) oferecendo, respectivamente, artigos de vestuário e acessórios esportivos (Netshoes) e vestuário e acessórios de moda masculina, feminina e infantil (Zattini) e também opera em ambos os negócios como *marketplace*, por meio do qual outros fornecedores podem ofertar produtos variados na plataforma em questão. A NS2 opera, ainda, a loja física e online da marca Shoestock, especializada na venda de bolsas e calçados masculinos e femininos (p. 4).

Tomando por base o entendimento exarado pelo CADE na operação Tiger / B2W (AC nº 08700.001483/2014-98) de que comércio varejista *online* especializado não concorre com comércio varejista *online* geral. Igualmente se pautando por casos anteriores, a dimensão geográfica do mercado relevante é dada como nacional em geral.

Ainda a respeito do mercado relevante, a SG afirma que os precedentes do CADE apontam que o *market place* não foi considerado um mercado distinto no comércio eletrônico.

Em conclusão compreende que a operação não resulta em sobreposição horizontal, pois o Magazine Luiza atua no “comércio varejista de bens duráveis”, enquanto a NS2 está mais próxima de uma loja de varejo especializado (artigos esportivos, vestuário, calçados e acessório) no *e-commerce* direto e como *marketplace*. Ademais, não foi constada integração vertical na operação. Assim, apenas haveria uma concentração horizontal no *e-commerce* caso desconsidera a jurisprudência do CADE.

Ainda, com base em pesquisa Webshoppers 39 da Ebit | Nielsen, exprime que a operação não ultrapassaria 20% do mercado do *e-commerce* em geral, parâmetro legalmente definido como percentual mínimo para presunção de condutas com poder de mercado.

Por fim, quanto à faceta de *marketplace* considerada sozinha do mercado, as requerentes defendem a existência de rivalidade por grandes *players*, como B2W, Mercado Livre, OLX e Amazon.

Ante o exposto, foi recomendada a aprovação sem restrições em parecer com as razões. Então, elas serviram de motivação ao despacho do Superintendente-Geral, o qual aprovou a concentração sem restrições em 22/05/2019.

### 5.3.3 Caso brasileiro Bom Negócio e Zap Viva Real Group

A operação em discussão se trata da aquisição da totalidade do capital social das empresas operacionais do Grupo ZAP (Zap Imóveis, VivaReal, GeoImóvel, SuaHouse, DataZap e Infoprop Brasil Tecnologia Ltda) pela OLX Brasil.

Quanto à atuação das requerentes da concentração nos mercados digitais, o Grupo Zap oferta anúncios e tratamento de dados relacionados à atividade imobiliária, enquanto a OLX oferta produtos diversos (móveis, aparelhos eletrônicos, automóveis, artigos esportivos, imóveis, etc). O principal efeito da concentração se restringe ao *marketplace* em sentido estrito de imóveis e classificados online (*marketplace* em sentido lato) de imóveis.

Nesse ínterim, o Zap Imóveis e a VivaReal são especializados na atividade imobiliária e a OLX tem atividades genéricas ou não especializada.

Ao longo de uma exposição densa pelos diversos lados dos mercados com múltiplos lados envolvidos, incluindo a menção da atuação específicas de várias empresas dele, a SG decide não fazer uma definição rígida de mercado relevante. Considerando que a SG ao longo do relatório constantemente lida com “*marketplace* de imóveis” e “classificados online de imóveis”, o mercado relevante é aproximado conservadoramente como o mercado de classificados online, com exclusão do mercado de publicidade online (banners) devido aos baixos riscos à concorrência mesmo com uma redução da realidade.

No mesmo sentido, este mercado relevante na dimensão geográfica é deixado em aberto pela existência de razões para o considerar nacional, como os meios digitais, e razões para o considerar, como o caráter local dos imóveis.

Em acréscimo a esta aproximação de mercado relevante, a SG expõe como possível mercado relevante o de software CRM imobiliários<sup>248</sup>. Assim como o mercado relevante

---

<sup>248</sup> Tendo sua primeira demarcação como possível mercado relevante no presente ato de concentração, “o software CRM responsável pela gestão dos *leads* gerados pela plataforma ou por outros meios, tendo como principais funções a: i) automação de serviços como captura/gestão e tratamento de *leads* – que tornam o atendimento ao

anterior, o mercado relevante de software CRM imobiliários seria apenas uma aproximação da realidade, pois não haveria riscos para a concorrência nesta aproximação conservadoras com baixos riscos à concorrência.

De modo contrário ao primeiro mercado relevante, este segundo é dado como nacional em sua dimensão geográfica, já que seu insumo são informações, as quais podem ser tratadas de qualquer lugar do país ou em âmbito nacional.

Quanto à probabilidade de exercício de poder de mercado, as barreiras à entrada são encaradas como baixas e incertas, já que i) a entrada de novos *players* pode ocorrer com razoável probabilidade; ii) alguns desses entrantes inovadores podem se tornar opções úteis; iii) não há certeza de que o tempo necessário para efetivar uma entrada.

Na faceta da rivalidade para o poder de mercado, conclui-se que a concentração não tem grande probabilidade de limitar a concorrência no mercado de classificados *online* de imóveis ou de software CRM imobiliários, principalmente devido à entrada recente de *players* relevantes como o Facebook e a QuintoAndar.

Em suma, pela entrada recente de diversos *players* no mercado de classificados *online* de imóveis e a pressão competitiva exercida por *players* com atuação nacional, conclui-se que a concentração não causará prejuízo à concorrência no mercado de classificados online de imóveis. Ressalta-se a opinião da SG de que, embora a concentração tenha capacidade de discriminar os softwares CRM imobiliário de terceiros no interior de suas plataformas, as requerentes não possuem posição dominante neste mercado, bem como não há racionalidade econômica para a implementação dessa conduta em decorrência da conseguinte perda de clientes (anunciantes).

Por isso tudo, apesar da possível sobreposição horizontal nos mercados de classificados *online* de imóveis e de software CRM imobiliário, foi recomendada a aprovação sem restrições em parecer com as razões. Então, elas serviram de motivação ao despacho do Superintendente-Geral, o qual aprovou a concentração sem restrições em 11/09/2020.

### **5.3 Sistematização dos Relatórios (Tabelas dos Casos Brasileiros e Sul-Africanos)**

---

cliente final mais eficiente e célere; ii) gestão do atendimento do *lead* pela equipe de vendas acompanhando a jornada de compra desde a entrada do *lead* até a assinatura do contrato. Ainda segundo as Requerentes, o público-alvo desses tipos de softwares seriam as incorporadoras e grandes imobiliárias, *players* que possuem portfólios maiores e, por isso, maior necessidade de gerenciamento automatizado de clientes” (p. 31).

Tabela 2 - Sistematização dos Relatórios (Tabelas dos Casos Brasileiros e Sul-Africanos)

Casos sul-africanos	Takealot and Kalahari	MIH and Autotrader	MIH And We Buy Cars
Partes	Takealot Online (pty) ltd e Kalahari.com, a division of MIH internet africa (pty) ltd	MIH eCommerce Holdings Pty Ltd e Car Trader Proprietary Limited t/a Autotrader	MIH eCommerce Holdings Pty Ltd t/a OLX South Africa e WeBuyCars Pty Ltd
Conclusão	Aprovada com condições de interesse público.	Aprovada com condições de interesse público.	Reprovada por questões substancialmente concorrenciais.
Objetivos concorrenciais fundamentados	Empregabilidade	Empregabilidade	Eficiência e competitividade por rivalidade e por barreiras à entrada
Mercado relevante	Varejistas tradicionais e <i>online</i> (decisão precária sem uma escolha)	Serviços de propaganda classificada <i>online</i>	Há um Two-sided market: i) a compra e ii) a venda de carros usados. Porém, o mercado relevante se cinge ao mercado de serviços <i>online</i> de compra de carros

Casos brasileiros	PedidosJá e iFood	Magazine Luiza e NS2	OLX e Grupo Zap
Partes	Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG	Magazine Luiza S.A. e NS2.com internet S.A.	Bom Negócio Atividades de Internet Ltda. e Zap Viva Real Group.
Conclusão	Aprovada sem restrições.	Aprovada sem restrições.	Aprovada sem restrições.
Objetivos concorrenciais fundamentados	Eficiência e competitividade por rivalidade e por barreiras à entrada	Competitividade por rivalidade e por barreiras à entrada	Eficiência, inovação e competitividade por rivalidade e por barreiras à entrada
Mercado relevante	Pedidos <i>online</i> de comida.	varejo <i>online</i> multiproduto e varejo <i>online</i> especializado; ou comércio eletrônico em geral ( <i>e-commerce</i> ) (decisão precária sem uma escolha)	mercado de classificados online do setor imobiliário e mercado nacional de soft wares CRM Imobiliários (decisão precária sem uma escolha)



Fonte: o autor.

#### 5.4 Análise Crítica dos Relatórios dos Casos

Inicialmente, é instigante e nada coincidente constatar que todas as operações problemáticas ou desafiantes às autoridades concorrenciais do Brasil e da África do Sul no relatório dos BRICS (2019) envolveram a gigante mundial Nasper com sede sul-africana, numa tendência flagrante à concentração econômica dela no fim do período.

Existe uma probabilidade de que a concentração econômica da Nasper com aumento de seu poder de mercado no mercado de compras *online* seja uma realidade apenas brasileira e sul-africana. Afinal, no curso ministrado pela Universidade Internacional dos BRICS, sediada na Rússia, no qual o presente mestrando participou, houve um colega sul-africano que perguntou aos professores do curso a opinião deles acerca do caso Nasper no mundo (preocupação encampada pelo presente pesquisador também no momento da pergunta). Todavia, obtivemos como resposta que eles desconheciam o caso Nasper.

Neste estudo de caso, os casos envolveram alguma espécie do mercado de compras *online*, podendo-se fazer duas divisões nesse aspecto.

Na primeira, separemos as empresas em 1) atuantes *online* (na internet) por algum meio intermediário de terceira empresa, como aplicativo ou plataforma na web, configurando-se como *marketplace* em sentido lato; e em 2) atuam *online* (na internet) apenas diretamente. Naquela, enquadram-se como intermediárias Takealot, Kalahari, WeBuyCars, Autotrader, OLX, Delivery Hero, iFood, Magazine Luiza e NS2, ao passo que nesta se enquadram algumas das empresas discutidas nos controles de concentrações pesquisados.

Na segunda, o *digital commerce* pode ser dividido em 1) lojas *online*; 2) *marketplace* (como shopping virtual ou agregador de varejistas); 3) sites de comparação de preços; 4) classificados *online*<sup>249</sup>. Assim como classificado no parágrafo anterior, não existem lojas *online* entre as empresas discutidas, por não serem plataforma de uso exclusivo de certa empresa. Quanto aos *marketplaces*, podem ser citados Takealot, Kalahari, We Buy Cars, Delivery Hero, iFood, Magazine Luiza e NS2. Quanto a site de comparação de preço, exemplifica-se a OLX. Por último, para classificados *online*, tem-se o exemplo da Autotrader.

Por fim, por conta do objetivo geral de nossa pesquisa, deve ganhar destaque os objetivos concorrenciais perseguidos pelas autoridades concorrenciais do Brasil e da África do

---

<sup>249</sup> As fundamentações destas classificações são melhor debatidas num capítulo acerca do mercado de compras *online* a ser publicado em 2022 (MESQUITA et al., 2022).

Sul quando controlaram os casos narrados. Neles, notam-se apenas quatro espécies de objetivos concorrenciais, a qual dividimos em dois grupos: 1) empregabilidade; e 2) eficiência, inovação e competitividade por rivalidade e por barreiras à entrada.

No primeiro, trata-se de um dos objetivos de interesse público disponível às autoridades concorrenciais sul-africanas. Nele, observa-se um caráter social preponderante, com a *Competition Commission* e a *Competition Court* buscando compreender os interesses dos trabalhadores afetados pelas concentrações econômicas. Portanto, pode-se verificar algum uso de teoria crítica devido à priorização da realidade social sobre os postulados tracionais de eficiência. Já, no caso brasileiro Delivery Hero e iFood, é espantoso que trabalhadores e empregados não apareçam em qualquer momento ao longo das razões da SG. Além disso, ressalta-se que “funcionários”, citados uma única vez, apenas aparecem como objeto de direito pelos lucros (“funcionários lucrativos”) embora não apareçam como sujeito de direitos. Nesse sentido, estão igualmente os casos OLX e Grupo ZA, e Magalu e Netshoes.

No segundo, são tradicionalmente dois objetivos concorrenciais, exaustivamente perseguidos pelas autoridades concorrenciais brasileiras, aparecendo também no terceiro caso sul-africano. Ele é usado para permitir a concentração pelas autoridades brasileiras, ao passo que é usado para proibir a concentração pelas autoridades sul-africanas. Nestes casos, as autoridades concorrenciais de ambos os países se limitaram a invocar os objetivos concorrenciais da Escola de Chicago e da Escola de Harvard.

Nos casos das autoridades brasileiras, a eficiência e a competitividade pela rivalidade ou ausência de barreiras à entrada não foram usadas pelas partes para justificar lesão ou ameaça à concorrência como defesas de eficiência. Antes mesmo de se chegar nesta etapa das defesas de eficiência, as autoridades brasileiras entenderam que a parcela do mercado relevante afetado era pequena ou que a concentração não teria poder de mercado mínimo. O caso Magazine Luiza e NS2 é um grande exemplo disso, na medida em que não é perquirida qualquer tipo de eficiência resultante da operação em decorrência da inexistência de poder de mercado na concentração.

Nesse ínterim, parece que as autoridades concorrenciais brasileira se pautam pelo dilema entre bem-estar social e bem-estar econômico, acabando por tutelar tão somente o segundo através da concorrência mensurada pelos preços e pelas tecnologias. Do outro lado, suas congêneres sul-africanas parecem superar esta dicotomia de modo a encarar os efeitos da concorrência na performance social das empresas<sup>250</sup>. Com isso, percebe-se que as brasileiras se

---

<sup>250</sup> A partir da falsa dicotomia entre concorrência e a performance social das empresa, o critério da performance social para a competitividade dos mercados é explorado em pesquisa de Graafland e Smid (2015) para o estado

pautaram por uma visão mais próxima do “single-pointed” do direito concorrencial, enquanto as sul-africanas se distanciaram da pseudosseguurança e da desconsideração da realidade conferidas à visão “single-pointed” do direito concorrencial.

Ainda assim, nos casos sul-africanos, objetivos substancialmente concorrenciais serviram para proibir uma concentração num mercado de compras *online*, enquanto os objetivos de interesse público apenas serviram para impor condições às aprovações na jurisdição concorrencial da África do Sul.

---

da arte de textos teóricos e empíricos a respeito do tema, concluindo que a performance social das empresas é gerada por alta concorrência em tecnologia, por transparência na performance social das empresas, relatórios obrigatórios acerca da performance social das empresas (GRAAFLAND; SMID, 2015). Todavia, concluem que não existe uma relação entre concorrência em preços com a performance social das empresas (GRAAFLAND; SMID, 2015).

## CONCLUSÃO

Com os quatro capítulos anteriores por meio da metodologia apresentada no primeiro capítulo, a presente dissertação visou principalmente 1) à identificação de uma corrente teórica do antitruste com o método da teoria crítica como metateoria, 2) à ilustração da moldura dos mercados digitais, à 3) aplicação do método do direito comparado ao instituto dos objetivos concorrenciais no controle de concentração brasileiro e sul-africano e 4) à aplicação do estudo de caso na jurisprudência paradigmática do Brasil e da África do Sul no mercado de compras *online*.

Para a presente pesquisa, foi importante compreender o desenvolvimento das principais ideias antitruste a fim de que pudéssemos estudar o instituto dos objetivos concorrenciais e sua aplicação pelas autoridades concorrenciais brasileiro e sul-africanas. Além disso, a visão das principais ideias antitruste nos fez questionar se não existiriam pensadores de ideias antitruste que as pesquisassem com base no método da teoria crítica.

Como objetivos sínteses de cada escola, movimento ou abordagem, construímos a tabela didática do segundo capítulo com os seguintes objetivos concorrenciais:

- 1) Harvard (pré-Chicago) - competição através de um elevado número de ofertantes e demandantes.
- 2) Chicago - eficiências ou bem-estar do consumidor.
- 3) Ordoliberal - menor sujeição ao poder econômico (maior liberdade individual) por meio de um Estado forte.
- 4) Austríaca - inexistentes ou extinção das barreiras legais.
- 5) Abordagens Pós-Chicago - não há objetivos concorrenciais, mas talvez se possa valer de uma oposição aos objetivos propostos pela economia neoclássica refletidos na Escola de Chicago.
- 6) Movimento Neo-Brandeisiano - objetivos sócio-políticos.
- 7) Direito Brasileiro - proporcionalidade e retributividade com base na função econômica e social da concentração
- 8) Teoria crítica - objetivos estruturais com o paradigma dos *stakeholders*.

Com isso, o segundo capítulo nos serviu como um cardápio de ideias antitruste. De um lado, pudemos observar quais foram as ideias escolhidas pelos direitos concorrenciais do Brasil

e da África do Sul no controle de concentrações. De outro lado, podemos considerar certos pensadores de ideias antitruste que utilizam a teoria crítica como metateoria de alguma maneira.

Nesse ínterim, entramos no capítulo terceiro desta dissertação, o qual serviu como pressuposto aos dois capítulos posteriores, porquanto fixou a moldura do mercado digital das compras *online*. Esta moldura foi calcada pelo mercado relevante e pelo poder de mercado nos termos postos pelas autoridades concorrenciais brasileiras e sul-africanas tendo em vista que os casos analisados ocorreram nessas jurisdições. Desse modo, demonstrou-se que existe um latente poder de mercado no mercado de compras *online* que vai de encontro aos instrumentos concorrenciais disponíveis às autoridades brasileiras à medida que não possuem um amplo leque de objetivos concorrenciais disponíveis, tais como os de suas congêneres sul-africanas.

Com base na classificação dos objetivos concorrenciais realizada e na moldura do mercado de compras *online*, Brasil e África do Sul tiveram seus objetivos concorrenciais classificados a partir do capítulo quarto da presente pesquisa por meio do direito comparado.

No Brasil, a defesa de eficiência e do consumidor o alinha com a Escola de Chicago. Por sua vez, maior número de ofertantes e demandantes nos mercados é um objetivo com perspectiva da Escola de Harvard. Além disso, uma política concorrencial pautada pela retributividade e pela proporcionalidade denota os ensinamentos da Escola Ordoliberal. Por fim, as citações esparsas a “efeitos sociais” e “existência digna” (ainda que fora dos casos recortados para a presente pesquisa) pode representar algum anseio institucional por objetivos concorrenciais de natureza mais social.

Na África do Sul, há os bens jurídicos da eficiência e do consumidor da Escola de Chicago, bem como o bem jurídico do grande número de *players* nos mercados da Escola de Harvard. Ademais, a ponderação com uma série de bens jurídicos tuteláveis ao lado da eficiência em face da preocupação com o aumento do poder econômico faz com que seja manifesta a influência da Escola Ordoliberal. Enfim, o maior diferencial está em conceber uma série de objetivos de interesse público, tal como a empregabilidade e a dispersão da propriedade a pessoas historicamente desfavorecidas por questões raciais, fenômeno adequadamente estudado com as lentes da teoria crítica.

No quinto capítulo, com o estudo de caso, duas constatações são principais. A primeira delas é a tendência flagrante dos mercados estudados nas mãos de uma única empresa com sede na África do Sul, a Nasper. A segunda delas é o uso de apenas quatro espécies de objetivos concorrenciais, a empregabilidade de natureza de interesse público, além de eficiência, inovação e competitividade por rivalidade e por barreiras à entrada de naturezas estritamente concorrenciais.

Por mais que a atuação das autoridades sul-africanas deva ser elogiada por buscar os interesses dos trabalhadores afetados pelas concentrações, devemos lembrar que existe competência legal expressa para elas o fazerem. Mais, não são sequer comentados os outros objetivos concorrenciais estipulados pelo *Competition Act*. Afinal, pode-se acreditar que não existam pessoas historicamente desfavorecidas por questões raciais nos mercados analisados ou que as autoridades ainda não explorem as reais potencialidades de sua legislação concorrencial neles.

Portanto, respondendo a pergunta central desta pesquisa em vista da hipótese posta ao final da introdução desta pesquisa, os instrumentos concorrenciais não atendem na sua aplicação todos os objetivos concorrenciais destes ordenamentos jurídicos em face dos objetivos concorrenciais nos casos analisados Takealot and Kalahari; MIH eCommerce And We Buy Cars; MIH and Autotrader; Rocket Internet SE (Delivery Hero) e Naspers Ventures B.V. (iFood and Spoonrocket), OLX e Grupo ZA; e Magalu e Netshoes. Em suma, o controle destas concentrações não foi 100% satisfatório diante do leque de bens jurídicos tuteláveis pelos seus objetivos concorrenciais.

Isto posto, passamos à análise dos objetivos concorrenciais por meio da metateoria da teoria crítica aplicada às ideias antitruste nos casos estudados.

A princípio, a utilidade dos instrumentos concorrenciais do Brasil e da África do Sul pelos objetivos concorrenciais aplicados no controle de concentrações no mercado de compras *online* é multivalente em ambos os países. Isso ocorre, porque objetivos diversos conseguem ser visados pelas autoridades concorrenciais deles quando controlam fusões e aquisições.

Na faceta dos objetivos concorrenciais sociais ou de interesse público, a utilidade é inexistente apesar da competência implícita e superficial para o Brasil, na medida em que o CADE não visou a qualquer objetivo social no controle de concentrações dos casos brasileiros recortados, dispondo de alguma previsão genérica na legislação antitruste. Do outro lado do atlântico, a utilidade é pequena apesar da competência expressa e profunda para a África do Sul, haja vista que sua legislação contém muitas hipóteses para se perseguir objetivos sociais e suas autoridades perseguiram algum deles quando controlaram concentrações dos casos sul-africanos recortados.

Se o sistema brasileiro de direito concorrencial recebesse competência para inserir outros interesses em jogo no controle de concentrações poderia remediar outros bens jurídicos, como empregabilidade e dispersão da propriedade a pessoas historicamente desfavorecidas, eventualmente lesados justamente pelo poder de mercado controlado num caso concreto. Ora, a vantagem competitiva desses mercados pode decorrer de prejuízos aos trabalhadores ou a

pessoas historicamente desfavorecidas. Além do mais, externalidades de rede, plataformas, produtos fortemente complementares e *big data* fazem com que os danos não sejam totalmente equacionados em meras medidas de preço ou quantidade e qualidade de produto. Assim, os mercados digitais exigem mais objetivos concorrenciais.

Por fim, Brasil e África do Sul fortaleceriam a democratização do poder de mercado através de “stakeholder remedies” ou do paradigma dos agentes com interesse na concentração se criassem instrumentos privados aos particulares a influenciar o rumo das concentrações antes mesmo antes de qualquer controle estatal definitivo.

Portanto, é possível que exista uma defesa da concorrência econômica e social nas concentrações da economia digital a partir do exemplo do direito concorrencial da África do Sul. Ora, os preços admitem diversas roupagens, como preço zero ou preço negativo. Nesse sentido, por que não medir os preços sociais no controle de concentrações? A resposta a essa pergunta depende diretamente do ordenamento jurídico de cada país, isto é, dos objetivos concorrenciais disponíveis e aplicáveis pelas suas autoridades nos termos estudados pela presente pesquisa.

Com isso em mente, a África do Sul já deu um passo a mais que o Brasil pelos critérios de competitividade econômicos e sociais disponíveis, capacitando as autoridades concorrenciais no julgamento dos reais efeitos do poder econômico em seu país.

## REFERÊNCIAS

ABAY, Solomon. Designing the regulatory roles of government in business: the lessons from theory, international practice and Ehtiopia's policy path. **Journal of Ethiopian Law**, v. 23, n. 2, p. 66-131, 2009.

ADHIKARI, Ratnakar; KNIGHT-JOHN, Malathy. What Type of Competition Policy and Law Should a Developing Country Have? **South Asia Economic Journal**, v. 5, n. 1, p. 1-25, 2004.

ADORNO, Theodor W. **Notas marginais sobre teoria e práxis**. 2019. Disponível em: [http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/02\\_babel/textos/adorno\\_notas\\_marginais.pdf](http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/02_babel/textos/adorno_notas_marginais.pdf). Acesso em 31 jan. 2021.

AFRIKA, Sasha-Lee; BACHMANN, Sascha-Dominik. Cartel Regulation in Three Emerging BRICS Economies: Cartel and Competition Politics in South Africa, Brazil, and India: A Comparative Overview. **Int'l Law.**, v. 45, n. 4, p. 975, 2011.

AGHION, Philippe; ANTONIN, Céline; BUNEL, Simon. **The Power of Creative Destruction: Economic Upheaval and the Wealth of Nations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2021.

ALVAREZ, Ana Maria; HORNA, Pierre. Implementing Competition Law and Policy in Latin America: The Role of Technical Assistance. **Chicago-Kent Law Review**, v. 83, p. 91-128, 2008.

ANDRADE, José Maria Arruda de. A importância da análise econômica do Direito. **Conjur: Estado na economia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>. Acesso em 27 jun. 2021. 2020a.

\_\_\_\_\_. A importância da análise econômica do Direito: parte 2. **Conjur: Estado na economia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-21/importancia-analise-economica-direito-parte>. Acesso em 27 jun. 2021. 2020b.

\_\_\_\_\_. **Economicização do direito concorrencial**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2014.

ARMENTANO, **Dominick**. **Antitrust: the case for repeal**. 2. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.

ASCARELLI, Tullio; FERREIRA, Waldemar. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945.

ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira e SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/322682014.pdf>. Acesso em 11 ago. 2022.



AYDIN, Umut; BUTHE, Tim. Competition law & policy in developing countries: explaining variations in outcomes; exploring possibilities and limits. **Law and Contemporary Problems**, v. 79, p. 1-36, 2016.

AZEVEDO, Eduardo M.; WEYL, E. Glen. Matching markets in the digital age. **Science**, v. 352, n. 6289, p. 1056-1057, 2016.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. 1. Mercado e concorrência. *In: Curso de Extensão Universitária: Temas de Direito e Economia*. Aula ministrada no dia 07/04/2021 na plataforma da Escola Paulista de Magistratura. 2021.

BAGNOLI, Vicente. The Big data relevant market. **Concorrenza e mercato: Antitrust, Regulation, Consumer Welfare, Intellectual Property**, v. 23, p. 73-94, 2016.

BAKER, Jonathan B.; SALOP, Steven C. Antitrust, competition policy, and inequality. **Geo. LJ Online**, v. 104, p. 1-28, 2015.

BELIKOVA, K. M. General approaches to dominant market position, prohibition of abuse of market power, and market structure control within the BRICS countries. **BRICS Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 7-33, 2016.

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

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, n. 1, p. 27-45, jan/jun, 2016.

BRADFORD, Anu et al. Competition law gone global: introducing the comparative competition law and enforcement datasets. **Journal of Empirical Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 411-443, 2019.

BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam S. Competition law around the world from 1889 to 2010: The competition law index. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 14, n. 3, p. 393-432, 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). PARECER N° 15/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Brasília, DF, 11 de setembro de 2020. **AC 08700.001796/2020-94**. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMrsM-ScdCRnwfB3vpRYFb\\_N8qXHvN9TdE4aZjzpJ5XxyiuA-JmPXffuodipWqhWd4pCAqlsHLZiw29hKI4fMD3](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMrsM-ScdCRnwfB3vpRYFb_N8qXHvN9TdE4aZjzpJ5XxyiuA-JmPXffuodipWqhWd4pCAqlsHLZiw29hKI4fMD3). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). PARECER N° 150/2019/CGAA5/SGA1/SG. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. **AC 08700.002377/2019-36**. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-)

n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNgNcxEwg5uJ7nkwxYpmAoNwnxqn1SDUIPfdHw757cWMXNYxz5VXfLcPrxZYyojDTz4kRs-9f4cEE1wGlktnjYc. Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). PARECER N° 5/2018/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Brasília, DF, 08 de março de 2018. **AC 08700.007262/2017-76**. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMA\\_ILmQhKDokBDMtLC9DWg0zuE2fNYrZoEodnvGTBtzuYn4CdywFZHyY9iUzyK9cDVL5yofmDkTd9e\\_5ixpX4X](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMA_ILmQhKDokBDMtLC9DWg0zuE2fNYrZoEodnvGTBtzuYn4CdywFZHyY9iUzyK9cDVL5yofmDkTd9e_5ixpX4X). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo 08700.001483/2014-98**. 2014. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQQbvaiLgd\\_LnL-ZbbPsm\\_pIeUzOiLrUqSSopqoSV1Bj](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQQbvaiLgd_LnL-ZbbPsm_pIeUzOiLrUqSSopqoSV1Bj). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo 08700.001574/2019-38**. 2019a. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcX8aRkzZbJ3pUBblT3b-3kiGAIUEJNEeMLj3GmmkKI\\_Y](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcX8aRkzZbJ3pUBblT3b-3kiGAIUEJNEeMLj3GmmkKI_Y). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo 08700.002377/2019-36**. 2019b. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVUcSQaILsU5pMJw5Np5lpk\\_BANAOS6Aog6umCKQwxjy](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVUcSQaILsU5pMJw5Np5lpk_BANAOS6Aog6umCKQwxjy). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo 08700.006631/2018-94**. 2018. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTS541XpGwWqzP0Dsu0thAt9AHR81B-MDDm9TnTLMXh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTS541XpGwWqzP0Dsu0thAt9AHR81B-MDDm9TnTLMXh). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo 08700.007762/2016-27**. 2016. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcW-nBRlznYmu6HAOPuR1HpEhTJMqV8qm0ypQsxFN-ICc](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcW-nBRlznYmu6HAOPuR1HpEhTJMqV8qm0ypQsxFN-ICc). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica;

altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm). Acesso em: 1 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PROCADE). PARECER Nº 152/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Brasília, DF, 18 de maio de 2015. **AC 08012.010473/2009-34**. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnT-cNFHFIFUFMrj2hzUCFZJq65Hnaapoin9PUY6HjTGp](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnT-cNFHFIFUFMrj2hzUCFZJq65Hnaapoin9PUY6HjTGp). Acesso em: 1 ago. 2022.

BRAZ, Bruno. **A que(m) serve o Antitruste?:** Eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2019.

BRICS. **BRICS in the digital economy:** competition policy in practice. 1<sup>st</sup> Report by the competition authorities working group on digital economy. 2019. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics\\_report.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf). Acesso em: 13 jul. 2020.

BRUFATTO, João José Turri; MIELE, Aluísio de Freitas. **O paralelismo entre o instituto do solo criado e a ideia de propriedade compartilhada da teoria dos mercados radicais:** entre a lacuna do controle de novas concepções e a eficiência do mercado. Artigo produzido em disciplina do programa de mestrado da FDRP/USP submeti a revista científica e ainda em fase de análise. 2020.

CAMPBELL, A. Neil; ROWLEY, J. William. Proposals for Evolving the Patchwork of Domestic Monopolisation and Dominance Laws. **Business law international**, v. 12, p. 5-70, 2011.

CAPPI, Riccardo. “Teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em direito. *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 391-422.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em Direito. *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 39-82.

CHUI, Michael; MANYIKA, James; MIREMADI, Mehdi. The countries most (and least) likely to be affected by automation. **Harvard Business Review**, 2017. Disponível em: <https://hbr.org/2017/04/the-countries-most-and-least-likely-to-be-affected-by-automation>. Acesso em: 04 jul. 2021.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. 1937. **Wiley Online Library**, Economia. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em 01 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**. v. III, p. 1–44 1960.

COEN, Monja; KARNAL, Leandro; CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis. **Quatro x quatro**: reflexões para bem pensar, bem sentir, bem agir e bem viver. 2021. Transmissão ao vivo e gratuita no dia 23/2, terça, às 18h no canal do café no Youtube e pelo perfil do Instituto CPFL no Facebook.

COMPETITION COMMISSION (CC). **Commission recommends Naspers purchase of WeBuyCars be prohibited**. 15 mai. 2022. Disponível em: <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2019/08/Commission-recommends-Naspers-purchase-of-WeBuyCars-be-prohibited-1-1.pdf>. Acesso em 11. ago.2022.

\_\_\_\_\_. **Competition in the digital economy**: Version for For Public Comments. Sep. 2020. Disponível em: <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020>. Acesso em: 02 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Guidelines on the assessment of public interest provisions in merger regulation under the Competition Act 89 of 1998**. Government Gazette, 2 june 2016. Disponível em: [https://www.gov.za/sites/default/files/gcis\\_document/201606/40039gen309.pdf](https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201606/40039gen309.pdf). Último acesso em 10 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. **Notification to approve with conditions the transaction involving**: Takealot online (pty) LTD and Kalahari.com, a division of MIH Internet Africa (pty) LTD. Government Gazette, 6 march 2015.

COMPETITION COURT (CORTE). **Case n° LM117JUL17**: MIH eCommerce Holdings Pty Ltd e Car Trader Proprietary Limited t/a Autotrader. 23 nov. 2017. Disponível em: <https://www.comptrib.co.za/open-file?FileId=48243>. Acesso em: 02 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Case n° LM183Sep18**: MIH eCommerce Holdings Pty Ltd t/a OLX South Africa and WeBuyCars Pty Ltd. 07 dez. 2020. Disponível em: <https://www.comptrib.co.za/open-file?FileId=52692>. Acesso em: 02 fev. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Julho 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. **Competition policy for the digital era**. European Union, April 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 22 abril 2022.

CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

DASKALOVA, Victoria. Competition Law and Globalization: Interview with Professor David J. Gerber, Distinguished Professor of Law at Chicago-Kent College of Law. **Tilburg Law Review**, v. 16, n. 2, p. 113-126, 2011.

\_\_\_\_\_. Editorial. **Tilburg Law Review**, v. 16, n. 2, p. 105-112, 2011.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS (DEE). **Documento de Trabalho 005/2020**: Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. Mercados de Plataformas Digitais. **Cadernos do CADE**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em 27 set. 2021.

DEMO, Pedro. **Pesquisa social**. Franca: Serviço Social & Realidade, v. 17, n. 1, p. 11-36, 2009.  
DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS (DEE). **Documento de Trabalho 01/2014**: indicadores de concorrência. 2014. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2014/documento-de-trabalho-n01-2014-indicadores-de-concorrencia.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

DE REBUS. About. **De Rebus**. Law Society of South Africa. Disponível em: <https://www.derebus.org.za/about/>. Acesso em 02 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.  
DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n. 3, p. 222-244, 31 dez. 2019a.

DINI, Tamara. South African Merger Litigations. **The Antitrust Bulletin**, v. 58, n. 2, p. 357-400, 2013.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n. 3, p. 222-244, 31 dez. 2019a.

\_\_\_\_\_. Livre Iniciativa, Livre concorrência e Democracia: valores Constitucionais indissociáveis do Direito Antitruste? *In*: NUSDEO, Fabio; PINTO, Alexandre Evaristo (Coords.). **A Ordem Econômica Constitucional**: estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: RT, 2019b. p. 111-130.

EBIT/NIELSEN. **Webshoppers**. 40. ed. Versão free. 2019.

ELIAS, Laura Charallo Grisolia; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Tributação das atividades hospitalares exercidas por empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. **XXVIII Encontro Nacional do Conpedi Goiânia – GO**: direito tributário e financeiro I. 2019.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. The fight over antitrust’s soul. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 9, n. 1, p. 1-2, 2018.

FELICE, Flavio. VATIERO, Massimiliano. Ordo and European Competition Law. *In*: FIORITO, Luca (ed.). **A Research Annual**. vol. 32. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2014. p. 147-157.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Mercado relevante. **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/249/edicao-1/mercado-relevante>. Acesso em 05 nov. 2021.

FIN24. Kalahari website shuts down. **FIN24**. 2015. Disponível em: <https://www.news24.com/Fin24/kalahari-website-shuts-down-20150430>. Último acesso em: 24 abr. 2022.

FONSECA DIAS, Maria Tereza. **NOMC**: Desafios da pesquisa em Direito comparado. Canal do YouTube da PPGD Unimar. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MxIXC9RNjdI>. Acesso em: 18 jun. 2021.

FONSECA, Joel Pinheiro da. O mercado de ideias: notícia que confirma visão do leitor é aceita de pronto. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 14 set. 2021. Ameaça autoritária, Poder, p. A7.

FORGIONI, Paula Andrea. 3rd ICCI - "Keynote Speech". **IBCI**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vSke2ZmEtd8>. Último acesso em 19 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e Contratos Comerciais com Paula Forgioni. Núcleo de Arbitragem e Mediação da USP RP. **Canal do YouTube da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP USP**. Transmissão em 20 mai. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=S-6LEkGccu0>. Acesso em: 01 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos do antitruste**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FOX, Eleanor M. Competition policy: the comparative advantage of developing countries. **Law and Contemporary Problems**, v. 79, n. 4, p. 69-84, 2016.

\_\_\_\_\_. Linked-in: Antitrust and the Virtues of a Virtual Network. **The International Lawyer**, v. 43, p. 151-174, 2009.

\_\_\_\_\_. **The efficiency paradox**. LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER NO. 09-26 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1431558>. Acesso em: 01 set. 2020.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. **The good and bad trust dichotomy**: a short history of a legal idea. *The Antitrust Bulletin*, v. 35, n. 1, p. 57-82, 1990.

FRAZÃO, Ana. *Biga data*, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência. *In*: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coords.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Forum, 2019.

\_\_\_\_\_. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Um Direito Antitruste para o século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. **Jota**.

Parte IV. 09 set. 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-4-09092020>. Acesso em: 13 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Um Direito Antitruste para o século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. **Jota**. Parte V. 16 set. 2020b. Disponível em: <https://www.anafracao.com.br/2020/09/16/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-parte-v/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Um Direito Antitruste para o século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. **Jota**. Parte VI. 16 set. 2020c. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-para-seculo-xxi-14-18112020>. Acesso em: 13 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Um Direito Antitruste para o século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. **Jota**. Parte VI. 30 set. 2020d. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-6-23092020>. Acesso em: 13 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Um Direito Antitruste para o século XXI: A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado. **Jota**. Parte XI. 30 set. 2020e. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-8-28102020>. Acesso em: 13 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Um Direito Antitruste para o século XXI: A proteção da concorrência como um processo. **Jota**. Parte XIV. 18 nov. 2020f. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-para-seculo-xxi-14-18112020>. Acesso em: 13 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Um Direito Antitruste para o século XXI: A proteção da concorrência como um processo. **Jota**. Parte XV. 25 nov. 2020g. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-8-25112020>. Acesso em: 13 ago. 2021.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **Direito Público**, v. 17, n. 93, 2020.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais**: um desafio atual para o CADE. **Direito antitruste 4.0: Fronteira entre concorrência inovação**. Editora Singular, 2019.

GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveiras. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GIANNETTI, Eduardo. **Vícios privados, benefícios públicos?: a ética na riqueza das nações**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GILBERT, Richard J. **Innovation matters: competition policy for the high-technology economy**. Cambridge: MIT Press, 2020.

GIOVANINI, Dener. **Brasil África: um Elo Natural**. Documentário Bretz Filmes. 2015. Youtube. Cinema do Shopping Frei Caneca. Acesso em: 6 ago. 2022.

Global. 500. Amazon em junho de 2020. 2020a. **Fortune**. Disponível em: <https://fortune.com/company/amazon-com/global500/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. Sector Technology para 2020. 2020b. **Fortune**. Disponível em: <https://fortune.com/global500/2020/search/?fortune500-y-n=true&rank=asc&sector=Technology>. Acesso em: 21 jul. 2021.

GRAAFLAND, Johan; SMID, Hugo. Competition and institutional drivers of corporate social performance. **De Economist**, v. 163, n. 3, p. 303-322, 2015.

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

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GUIMARÃES, Marcelo Cesar. O hipster antitrust seria realmente neo-brandeisiano? **Jota Concorrência**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-hipster-antitrust-seria-realmente-neo-brandeisiano-05062021>. Acesso em: 19 jun. 2021.

HARTMANN, Thom. **The Hidden History of Monopolies: how Big Business Destroyed the American Dream**. Berrett-Koehler Publishers, 2020.

HITZIG, Zoë et al. Economic Democracy and Market Power. **Antitrust Chronicle (April 2020)**, Competition Policy International, p. 1-6, 2020.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. *In*: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jurgen. **Textos Escolhidos. Coleção os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

HORTON, Thomas J. The coming extinction of homo economicus and the eclipse of the Chicago School of Antitrust: Applying evolutionary biology to structural and behavioral antitrust analysis. **Loyola University Chicago Law Journal**, v. 42, p. 469-522, 2011.

HOVENKAMP, H. **Antitrust. Antitrust (Black Letter Series)**. 2 ed. West Publ. Co.: 1993, p. 347.



\_\_\_\_\_. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice.** 6.ed. St. Paul: West Group, 1999

HYLTON, Keith N.; DENG, Fei. Antitrust around the world: An empirical analysis of the scope of competition laws and their effects. **forthcoming, Antitrust Law Journal**, 2007, v. 74, p. 1-65, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=950964](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=950964). Último acesso em 28 abr. 2022.

IKEDA, Sanford. **Dynamics of the Mixed Economy: Toward a Theory of Interventionism.** Abingdon: Routledge, 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **A desigualdade racial no Brasil nas três últimas décadas.** Rio de Janeiro: Ipea, 2021. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/210611\\_td\\_2657.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/210611_td_2657.pdf). Acesso em: 30 jul. 2021.

JASPER, Eric Hadmann. Escolas do Antitruste: Harvard ao Common Carrier Antitrust. **Ciclo de Atualização em Direito Concorrencial.** Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito Mackenzie (GEDC-Mack). Reunião no Microsoft Teams. 31 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 2, p. 171-189, 2019.

JESUS, Agnes Macedo de. **Concorrência e pobreza: a política antitruste e a jurisprudência do CADE sob o olhar dos desfavorecidos.** 2017. 151 f. Monografia (graduação), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

KARNAL, Leandro. **O dilema do porco-espinho: como encarar a solidão.** São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.

KENNY, Bridget. Walmart in South Africa: Precarious Labor and Retail Expansion. **International Labor and Working-Class History**, v. 86, p. 173-177, 2014.

KESTENBAUM, Richard. What Are Online Marketplaces And What Is Their Future? **Forbes**, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/richardkestenbaum/2017/04/26/what-are-online-marketplaces-and-what-is-their-future/#3a1a6ed23284>. Acesso em: 03 out. 2020.

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **Yale law Journal**, v. 126, p. 710-805, 2017.

KLUG, Heinz. Access to medicines and the transformation of the South African state: exploring the interactions of legal and policy changes in health, intellectual property, trade, and competition law in the context of South Africa's HIV/AIDS pandemic. **Law & Social Inquiry**, v. 37, n. 2, p. 297-329, 2012.

KOORNHOF, Pieter; PISTORIUS, Tana. Convergence between competition and data protection law: a South African perspective. **International Data Privacy Law**, v. 8, n. 3, p. 277-283, 2018.

KOVACIC, William E.; LOPEZ-GALDOS, Marianela. Lifecycles of competition systems: explaining variation in the implementation of new regimes. **Law and Contemporary Problems**, v. 79, p. 85-122, 2016.

KRASULOVA, Katarina Resar. The BRICS in Global Merger Review: Diverging Goals, Converging Methods. **George Mason Journal of International Commercial Law**, v. 9, p. 42-99, 2017.

KRONTHALER, Franz; STEPHAN, Johannes. Factors Accounting for the Enactment of a Competition Law—An Empirical Analysis. **The Antitrust Bulletin**, v. 52, n. 2, p. 137-168, 2007.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

LANCASTER, Kevin. Kalahari to close its doors. **BusinessTech**. 2015. Disponível em: <https://businesstech.co.za/news/internet/84935/kalahari-to-close-its-doors/>. Último acesso em: 23 abr. 2022.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario S. Designing remedies for digital markets: the interplay between antitrust and regulation. **Journal of Competition Law and Economics**. Forthcoming. 2021.

LANIER, Jaron; WEYL, E. Glen. A blueprint for a better digital society. **Harvard Business Review**, v. 26, p. 2-19, 2018.

LAU, Winfield Wing-Fai. Maximising the Benefits of Globalisation. **Hong Kong Journal of Legal Studies**, v. 2, p. 129-159, 2008.

LAWSON, Robert; MURPHY, Ryan. Does antitrust policy promote competition? **Applied Economics Letters**, v. 23, n. 14, p. 1034-1036, 2016.

LIMA, Renato Sergio de; OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Fluxos da justiça criminal. *In*: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

MA, Tay-Cheng. The effect of competition law enforcement on economic growth. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 7, n. 2, p. 301-334, 2011.

MACEDO, Ronaldo Porto. Richard Posner: Entre Análise Econômica do Direito e Pragmatismo. *In*: **Curso de Extensão Universitária**: Temas de Direito e Economia. Aula ministrada no dia 19/04/2021 na plataforma da Escola Paulista de Magistratura. 2021.

MACHADO, Maira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. *In*: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 357-390.

\_\_\_\_\_. Combate à corrupção no Brasil e na Argentina. *In*: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

MAHER, Imelda. Competition Law Fragmentation in a Globalizing World. **Law & Social Inquiry**, v. 40, n. 2, p. 553-571, 2015.

MAKHAYA, Gertrude; MKWANANZI, Wendy; ROBERTS, Simon. How should young institutions approach competition enforcement? Reflections on South Africa's experience. **South African Journal of International Affairs**, v. 19, n. 1, p. 43-64, 2012.

MAKHAYA, Gertrude; ROBERTS, Simon. Expectations and outcomes: considering competition and corporate power in South Africa under democracy. **Review of African Political Economy**, v. 40, n. 138, p. 556-571, 2013.

MANYIKA, James et al. Harnessing automation for a future that works. **McKinsey Global Institute**, 2017. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/digital-disruption/harnessing-automation-for-a-future-that-works>. Acesso em: 04 jul. 2021.

MARRARA, Thiago. Método comparativo e direito administrativo. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, v. 16, n. 32, p. 25-37, jul/dez, 2014.

\_\_\_\_\_. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MCMAHON, Kathryn. The international harmonization of competition norms and Brazilian Competition Law: the use of settlement agreements. **Law and Business Review of the Americas**, v. 22, p. 293-332, 2016.

MESQUITA, Carolina Milani Marchiori et al. Capítulo 5: compras online. *In*: MESQUITA, et al. (Org.). **Inovações disruptivas e os desafios impostos à regulação e aos reguladores**. São Paulo: Singular, 2022?. p. 171-219. No prelo.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. Antitrust remedies for labor market power. **Harvard law review**, v. 132, n. 2, p. 536-601, 2018.

NATTRASS, Nicoli; SEEKINGS, Jeremy. "Two Nations"? Race and Economic Inequality in South Africa Today. **JSTOR**. v. 103, n. 1, p. 45-70, 2001. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/20027679?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/20027679?seq=1#metadata_info_tab_contents). Acesso em: 31 jul. 2021.

NEWS24WIRE. Takealot overtook Kalahari before merger. **Businesstech**. 2015. Disponível em: <https://businesstech.co.za/news/internet/86528/takealot-overtook-kalahari-before-merger/>. Último acesso em: 23 abr. 2022.

NG, Wendy. Changing Global Dynamics and International Competition Law: Considering China's Potential Impact. **European Journal of International Law**, v. 30, n. 4, p. 1409-1430, 2019.

NUSDEO, Fábio. **Abuso do poder econômico**. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 121-141.

OCDE. Competition Law and Policy in South Africa: An OECD Peer Review. **OECD Country Studies**, 2003. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/34823812.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

PALIM, Mark RA. The worldwide growth of competition law: an empirical analysis. **The Antitrust Bulletin**, v. 43, n. 1, p. 105-145, 1998.

PARAKKAL, Raju. Political characteristics and competition law enactment: A cross-country empirical analysis. **The Antitrust Bulletin**, v. 56, n. 3, p. 609-629, 2011.

PARAKKAL, Raju; BARTZ-MARVEZ, Sherry. Capitalism, democratic capitalism, and the pursuit of antitrust laws. **The Antitrust Bulletin**, v. 58, n. 4, p. 693-729, 2013.

PETERSEN, Niels. Antitrust law and the promotion of democracy and economic growth. **Journal of competition law and economics**, v. 9, n. 3, p. 593-636, 2013.

PHILIPPON, Thomas. **The great reversal**: how America gave up on free markets. Harvard University Press, 2019.

PONS-VIGNON, Nicolas; SEGATTI, Aurelia. ‘The art of neoliberalism’: accumulation, institutional change and social order since the end of apartheid. **Review of African Political Economy**, v. 40, n. 138, p. 507-518, 2013.

POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. **Radical markets**: Uprooting capitalism and democracy for a just society. Princeton: Princeton University Press, 2018. Disponível em: [http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/Eric-Posner-E.-Weyl-Radical-Markets\\_-Uprooting-Capitalism-and-Democracy-for-a-Just-Society-Princeton-University-Press-2018.pdf](http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/Eric-Posner-E.-Weyl-Radical-Markets_-Uprooting-Capitalism-and-Democracy-for-a-Just-Society-Princeton-University-Press-2018.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

POSNER, Richard A. Economic approach to law. **Texas Law Review**. v. 53, p. 757-782, 1974.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 3. 5 ed., p. 10-35, 1996.

\_\_\_\_\_. **Overcoming law**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 4012

ROBERTS, Simon. The role for competition policy in economic development: The South African experience. **Development Southern Africa**, v. 21, n. 1, p. 227-243, 2010.

ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 99-120, nov. 2019.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. **Journal of the european economic association**, v. 1, n. 4, p. 990-1029, 2003.

Roquete, F. L. V. A Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial: projeto de indução exógena de regulação responsiva ou fonte de conflito interinstitucional? **Revista Digital De Direito Administrativo**, v. 9, n. 2, p. 28-43, 2022.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 54, 1999.

SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change. **Law & Social Inquiry**, v. 37, n. 2, p. 229-264, 2012.

SMITH-HILLMAN, A. Vindelyn. **Market power, competition policy and developing economies**: Divergent conditions within African and Caribbean economies. *Journal of Economic Studies*, v. 34, n. 2, p. 120-135, 2007.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. **Ranking das 50 Maiores Empresas do e-commerce Brasileiro**. 2018. Disponível em: <http://sbvc.com.br/ranking-das-50-maiores-empresas-do-e-commerce-brasileiro-2018/>. Acesso em 03/10/2021.

SOUTH AFRICA. **Competition Act 89 of 1998**. The Competition Act 89 of 1998 intends: [...]. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/competition-act>. Acesso em 11 jul. 2021.

STADEN, Martin van. Navigating the digital divide: Internet access a human right?. **De Rebus**. 2018. Disponível em: <https://www.derebus.org.za/navigating-digital-divide-internet-access-human-right/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

STIGLITZ, Joseph. **People, power, and profits: Progressive capitalism for an age of discontent**. New York: W. W. Norton e Company, 2019.

STEINBAUM, Marshall; STUCKE, Maurice E. **The effective competition standard**: A new standard for antitrust. New York: Roosevelt Institute, 2018.

STRUNZ, Balthasar. **Interface of Competition Law, Industrial Policy and Development Concerns**: The Case of South Africa. Berlin: Springer, 2018.

STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. **Competition Overdose**: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants. HarperCollins, 2020.

TAVUYANAGO, Simbarashe. An Analysis of the " National Security Interest" Provision in terms of Section 18A of the Competition Act 89 of 1998. **Potchefstroom Electronic Law Journal (PELJ)**, v. 24, n. 1, p. 1-34, 2021.

TIMM, Luciano Benetti. **Análise Econômica do Direito, Contratos e Antitruste**. Aula na disciplina Grupos societários, concentrações econômicas e responsabilidade. Parte expositiva está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C4SMXmRRP4M>. Acesso em 27 jun. 2021.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil**: Estudos sobre a análise econômica do Direito. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

TOKUZUMI, Pedro Yukimitsu Ribeiro. **Remédios antitrustes**: heterodoxia? 2019. 458 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

TOP 100 LISTS. **Corporate Information**. Disponível em: <https://www.corporateinformation.com/Top-100.aspx?topcase=b>. Acesso em: 22. Ju. 2021.

UNDP. Human Development Index (HDI). **Human Development Reports**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/indicators/137506>. Acesso em: 01 jan. 2021. 2021a.

\_\_\_\_\_. Income inequality, Gini coeficiente. **Human Development Reports**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/indicators/67106#a>. Acesso em: 01 jan. 2021. 2021b.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Trad. Caio Farab Rodriguez e Marcia Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VATIERO, Massimiliano. The Ordoliberal Notion of Market Power: an Institutional Reassessment. **European Competition Journal**. v. 6. n. 3, p. 689-707, December, 2010.

ZINGALES, et al. (org.). **Stigler Committee on Digital Platforms**: Final Report. Set. 2019. Stigler Center. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>. Acesso em 01 ago. 2022.

WALKER, Sandy et al. International Antitrust. **Int'l Law.**, v. 46, p. 41-61, 2012.

WALLER, Spencer Weber. The Omega Man or the Isolation of US Antitrust Law. **Connecticut Law Review**, v. 52, n. 1, p. 123-212, 2020.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WEI, Dan. China's Anti-Monopoly Law and its Merger Enforcement: Convergence and Flexibility. **Journal of International Economic Law**, v. 14, n. 4, p. 807-844, 2011.

WEI, Dan. Implementation of Antitrust Law in Emerging Markets: A Case Study of China. **The Asian Business Lawyer**, v. 14, p. 37-60, 2014.

WEYL, E. Glen. A price theory of multi-sided platforms. **American Economic Review**, v. 100, n. 4, p. 1642-72, 2010.

\_\_\_\_\_. **A short summary of Price Theory**: as commissioned by the Journal of Economic Literature. June 2014. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/A-short-summary-of-Price-Theory-%E2%88%97-as-commissioned-Weyl/15fbc0204c94ec9969647395ea3ff35f022e29d7>. Acesso em: 17 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. Price theory. **Journal of Economic Literature**, v. 57, n. 2, p. 329-84, 2019.

\_\_\_\_\_. RadicalxChange: An Academic Agenda. **University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper**, n. 862, p. 1-11, 2019.

WOOD, Diane P. Soft harmonization among competition laws: track record and prospects. **The Antitrust Bulletin**, v. 48, n. 2, p. 305-318, 2003.

WORLD BANK (WB). International Bank for Reconstruction and Development. **Overcoming poverty and inequality in south africa**: An Assessment of Drivers, Constraints and Opportunities. Disponível em: <file:///D:/mestrado%202020/Defesa%20da%20concorr%C3%Aancia%20no%20mercado%20de%20compras%20online/textos%20te%C3%B3ricos/124521-REV-OUO-South-Africa-Poverty-and-Inequality-Assessment-Report-2018-FINAL-WEB.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2021.

WORLD Wide Web. **Wikipedia**. The Free Encyclopedia. [S.l.], 12 mar. 2022. Disponível em: World Wide Web. Acesso em: 24 abr. 2022.

WU, Tim. After consumer welfare, now what? The ‘protection of competition’ standard in practice. **The Journal of the Competition Policy International**, 2018a. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/04/CPI-Wu.pdf>. Acesso em 02 ag. 2022.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **American Bar Association**, v. 78, n. 2, p. 313-328, 2012.

\_\_\_\_\_. **The curse of bigness**: Antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018b.

\_\_\_\_\_. **The Utah Statement**: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech. 2019. Disponível em: <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>. Acesso em 04 jul. 2021.