

Opinião: Games e antitruste: desdobramentos no Brasil?

Em 22 de agosto de 2022 foi divulgada instauração de processo antitruste no Tribunal de Concorrência do Reino Unido em face de empresa de tecnologia, por supostas práticas anticompetitivas de abuso de posição dominante no sentido de imposição de termos e condições injustas a desenvolvedores que desejam oferecer games em suas lojas [1]. A representação, apresentada pelo ex-diretor da empresa Which UK [2] sustenta que a plataforma em questão reteria 30% do valor pago pelos consumidores nos jogos, o que resultaria, como consequência, em um aumento de preços pelos desenvolvedores,

res.



Apesar de haver uma única empresa alvo desse processo até o

presente momento, aparentemente essa prática comercial de retenção de 30% do valor pago seria bastante comum nos mercados de games, o que pode sinalizar uma nova vertente de investigações antitruste no Reino Unido e, quem sabe, na Europa, que também tem se mostrado atenta a práticas de preços em lojas digitais.

Mesmo sendo poucas as informações disponíveis no momento, resta refletir: seria cabível um processo desse tipo no Brasil em face de plataformas de games? Trata-se de interface ainda pouco explorada [3].

Para tratar de tal questionamento, faz-se necessário debruçar brevemente (1) sobre o tratamento dado à prática de preços abusivos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, notadamente estruturado pela Lei 12.529/11; e (2) aos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia responsável pela defesa da concorrência, prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Sobre o (1) tratamento legal da prática de preços abusivos, cumpre recordar que na anterior Lei de Defesa da Concorrência, em seu artigo 21, inciso XXIV, da Lei nº 8.884/1994, havia a previsão de que " *impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço*" constituiria infração à ordem econômica. A Lei nº 12.529/11, ao contrário, ao prever as práticas que constituem infrações à ordem econômica, não inclui expressa menção ao aumento abusivo do preço de produtos ou serviços na lista exemplificativa do parágrafo 3º do artigo 36.

A exclusão dessa previsão no rol exemplificativo de condutas anticompetitivas foi discutida no processo legislativo de criação da Lei nº 12.529/11. À época, o relator da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, da Câmara dos Deputados, deputado Bernardo Ariston, justificou a retirada da prática de preços abusivos como ilícito antitruste defendendo que ao Cade caberia ampliar a eficiência econômica do mercado, e não atuar como fiscalizador dos preços praticados pelas empresas [4]. Há que se mencionar, porém, que ainda que não esteja previsto no rol exemplificativo, o *caput* tanto do artigo 20 da Lei nº 8.884/1994, quanto do artigo 36 da Lei nº 12.529/11 prevê, em seus incisos, a hipótese de aumento arbitrário de lucros.

Diante desse cenário legislativo, cumpre avançar para entender (2) os precedentes do Cade sobre o tema. Durante a vigência da Lei nº 8.884/1994, a presidente do Cade à época, Elizabeth Farina, defendeu que o *"preço excessivo seria mais propriamente uma consequência de infrações cometidas pelo agente econômico que pretende alcançar e exercer o poder de mercado, do que uma infração em si"* [5].

Em outro precedente, julgado em setembro de 2007, o conselheiro relator Luiz Carlos Delorme Prado defendeu que a prática abusiva de preços seria apenas *"um indício de infração à ordem econômica"* e que não seria possível *"haver um caso antitruste de mero aumento de preço, mas apenas um caso em que tal aumento de preço foi possível, em decorrência do uso abusivo de poder de mercado"* [6].

Já sob a vigência da Lei nº 12.529/11, em sede de procedimento preparatório de inquérito administrativo que visava à apuração de alegados preços excessivos praticados pela Petrobras na venda de combustíveis, a superintendência-geral do Cade concluiu que a conduta de preços excessivos necessitaria de outra infração à ordem econômica para produzir efeitos anticoncorrenciais de aumento arbitrário de lucros e exercício abusivo de posição dominante, arquivando a denúncia [7].

Ademais, com as discussões do Cade em relação à imposição de preços abusivos, a autoridade desenvolveu uma diferenciação entre os diferentes tipos de imposição de preços abusivos. Essa divisão consiste na classificação dessa prática a partir da natureza dos preços tidos como abusivos, em: (1) meramente excessivos ou exploratórios (*exploitative prices*), que seriam decorrentes do poder de mercado exercido por empresas dominantes; e (2) excludentes (*exclusionary abuse*), impostos exclusivamente por empresas verticalmente integradas com o intuito de excluir concorrentes do mercado [8]. Em relação a essa divisão, o Cade tem atuado somente para coibir práticas anticompetitivas derivadas da imposição de preços abusivos excludentes, hipótese (2) [9] [10].

Também convém mencionar que a superintendência-geral do Cade, em precedente recente envolvendo o mercado de movimentação de contêineres, buscou flexibilizar o entendimento até então consolidado, defendendo o enquadramento da prática de preços abusivos como infração à ordem econômica autônoma [11]. Essa flexibilização, todavia, não perdurou. O tribunal administrativo, por maioria, seguiu o voto do conselheiro relator Luiz Hoffmann, no qual defendeu que o caráter anticompetitivo da conduta não derivava somente da prática de preço abusivo, mas sim desta prática em conjunto com outras condutas anticompetitivas listadas no artigo 36, § 3º, incisos III, IV e VI da Lei 12.529/11 [12].

Por fim, o último precedente do Cade digno de nota trata de um procedimento preparatório de inquérito administrativo, instaurado pela autarquia durante a pandemia da Covid-19, para apurar eventual aumento abusivo de preços e arbitrário de lucros por parte de empresas do setor de saúde [13]. Em sua análise, a superintendência-geral do Cade reconheceu que o aumento de preços de produtos médico-farmacêuticos se deu pela elevação repentina da demanda por produtos de prevenção à Covid-19, atrelada a restrições na produção desses produtos, seja por insuficiência da capacidade produtiva das empresas fabricantes ou impedimentos no funcionamento de suas unidades produtivas [14].

A superintendência-geral ainda reforçou que a função da autoridade antitruste no enfrentamento de preços abusivos não reside no estabelecimento de qual seria o "preço justo" para os produtos examinados, o que significaria uma *"interferência no processo de tomada de decisão (formação de preços) de agentes privados"*, mas o de corrigir as falhas do mercado que impeçam uma disputa comercial lícita, notadamente expressas pelo exercício ilegítimo do poder de mercado detido por agentes econômicos. Por essas razões, a superintendência-geral concluiu pela ausência de elementos que confirmassem que o aumento de preços foi consequência do abuso de posição dominante por parte de empresas do setor, determinando o arquivamento do procedimento preparatório.

Expostas as dificuldades de emprego do preço abusivo sob a perspectiva antitruste, torna-se oportuno esclarecer que a mesma conduta receberá um tratamento distinto na seara consumerista. No âmbito da atuação jurídica para tutela do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 39, inciso X, que será vedado ao fornecedor de produtos e serviços "elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços". Observa-se, assim, que o aumento abusivo de preços recebe tratamento autônomo pelo Direito do Consumidor. A Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon), inclusive, definiu, em material institucional, que a abusividade no aumento de preços reside no aumento injustificado do preço de produtos e serviços, sem majoração do custo da atividade econômica, de modo a se gerar uma desvantagem ao consumidor [15].

Ademais, diante das recentes discussões sobre possível aumento oportunista de preços durante a pandemia, a Senacon sintetizou em estudo técnico (Nota Técnica nº 8/2020) os critérios de análise que devem ser considerados para identificação da abusividade no aumento de preços em serviços e produtos [16] [17]. Esse instrumento não apenas atualiza a discussão sobre o aumento abusivo de preços, como reafirma o interesse e competência do direito do consumidor para lidar com as alegações dessa prática. Importante observar que, durante a pandemia, houve uma coordenação entre a superintendência-geral do Cade e a Senacon para justamente delimitar o escopo de atuação das duas entidades, com o que se preservou o espaço limitado de atuação por parte do Cade (consistente com a jurisprudência consolidada de atuação somente em casos de preços abusivos de natureza excludente) e se estabeleceu de maneira mais clara a esfera de atuação da Senacon (consistente com a normativa infralegal consolidante da forma de atuação daquela secretaria, provocada pelos efeitos econômicos gerados pela pandemia do Covid-19).

Assim sendo, considerando tanto a legislação quanto a experiência brasileira em investigações de preços abusivos, é possível conjecturar que, caso a mencionada prática da plataforma de tecnologia, ou de outras empresas atuantes nos mercados de games, fosse objeto de investigação no Brasil, a conduta teria maiores chances de ser perquirida na seara consumerista do que no campo antitruste. Enquanto a Senacon parece se preocupar com o aumento de preços injustificado que prejudicam o consumidor, o Cade tem restringido seu interesse em interferir somente em casos envolvendo preços abusivos contendo a presença de outros ilícitos concorrenciais unilaterais ou coordenados. Para o Cade, outras práticas poderiam ser objeto de maior preocupação concorrencial, como, por exemplo, eventual discriminação entre desenvolvedores verticalmente integrados e desenvolvedores independentes, uso anticompetitivo de dados, entre outras, apesar de essas situações ainda não terem sido objeto de quaisquer passos concretos no Brasil.

Sinalização de que esse seria o possível encaminhamento no Brasil também é reforçado pelo arquivamento recente, realizado pelo Cade, da investigação em face da empresa Gilead, por suposto preço abusivo no mercado de medicamentos para hepatite C. Em sede de procedimento preparatório, a superintendência-geral do Cade analisou a alegação contra a empresa de abuso de direito patentário, expresso na discriminação de preços e aumento arbitrário de lucros por Gilead. Uma vez não identificados indícios de qualquer espécie de abuso de propriedade intelectual, a análise da conduta se voltou à prática de preços abusivos pela empresa.

Nesse sentido, a superintendência-geral do Cade mais uma vez reforçou que não caberia ao Cade realizar uma análise dos preços praticados no mercado pelos agentes econômicos. Em verdade, a autoridade limitou seu exame à verificação dos valores máximos definidos pela CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) para a venda do medicamento para hepatite C, esclarecendo que qualquer julgamento sobre a abusividade desses preços extrapolaria sua própria competência [18].

Em complemento aos entendimentos que vem sendo construídos pelo Cade, em relação ao tratamento dado ao preço abusivo de preços, é interessante notar como esse recente precedente, de 8/9/2022, abre espaço para que o Cade limite ainda mais sua atuação nos casos de preço abusivo sempre que o mercado relevante analisado também for objeto de regulação e fiscalização por outras autoridades ou órgãos governamentais específicos. A atuação delimitada do Cade nessa seara parece ser consistente com a máxima de que o preço é o elemento essencial da concorrência, e, assim sendo, qualquer intervenção estatal — se alguma —, de natureza ordenatória, regulatória ou sancionatória, há de ser feita com devida restrição e cautela.

[1] Competition Policy International (CPI). Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/sony-playstation-sued-5b-in-new-uk-class-action-suit/>. Acesso em 23 ago 2022.

[2] Whick UK é uma marca do Reino Unido que promove a escolha informada do consumidor na compra de bens e serviços, testando produtos, destacando produtos ou serviços inferiores,

conscientizando os direitos do consumidor e oferecendo consultoria independente. Disponível em: <https://www.which.co.uk/>. Acesso em 23 ago 2022.

[3] A interface entre o antitruste e o mercado de games é abordada no podcast Vantagem Auferida que, a partir de abordagem descontraída, trata de algumas questões sobre concorrência, segmentações desse mercado e condutas anticompetitivas reconhecidas por outras autoridades internacionais. Vantagem Auferida: Episódio #7 – Games e Antitruste. [Loucução de]: Ricardo Gaillard, José Carlos Berardo, Eric Hadmann Jasper e Leonardo Dantas, de mai de 2021. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/5FVWzxx1ZHsBHplgItYka>. Acesso em 29 ago 2022.

[4] CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei no 3.937, de 2004: Parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, página 3. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259004&filename=Tramitacao-PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+3937/2004. Acesso em 24 ago 2022.

[5] Processo Administrativo nº 08012.007514/2000-79. Representantes: CPI Medicamentos-Câmara dos Deputados. Representadas: Teuto-Brometo de Escopolamina e Furosemida. Voto-vogal da conselheira Elizabeth Farina, página 4, de 31 jan de 2007. SEI nº 0381767.

[6] Processo Administrativo nº 08012.005559/1999-21. Representantes: Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae/MF) e CPI dos Medicamentos. Representadas: DM Indústria Farmacêutica Ltda., Dorsay Indústria Farmacêutica Ltda. e Newlab Indústria Farmacêutica Ltda. Voto do conselheiro relator Luiz Carlos Delorme Prado, página 2, de 19 set 2007. SEI nº 0708907.

[7] Procedimento Preparatório nº 08700.002765/2016-74. Representante: Fabio Paulino Garcia. Representada: Petróleo Brasileiro S.A. Nota Técnica nº 7/2017/ CGAA4/SGA1/SG/CADE, parágrafo 10, de 9 fev 2017. SEI nº 0301059.

[8] Bruno Braz de Castro, em sua tese de doutorado, aponta que essa divisão em prática exploratória ou exclusionária é utilizada pela jurisprudência europeia para classificação de condutas de abuso de posição dominante. CASTRO, Bruno Braz de. Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento. Tese (doutorado em Direito) — Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 157.

[9] Procedimento Preparatório nº 08700.007937/2014-34. Representante: André de Seixas Ponce Alves. Representados: Libra Terminais Rio S.A, Libra Terminais S.A., Libra Holding S.A., Portonave S.A. e Associação Brasileira dos Terminais Portuários (ABTP). Nota Técnica nº

06/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE, parágrafos 36 e 37, de 11 jun de 2015. SEI nº 0071050.

[10] Em campo do site do Cade, contendo informações sobre as infrações à ordem econômica, há a explicação sobre a diferenciação dos tipos de preços abusivos impostos e a preferência pelo Cade em apenas atuar em casos envolvendo preços excludentes. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso 24 ago 2022.

[11] Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51. Representantes: Atlântico Terminais S.A. e Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A. Representado: Tecon Suape S.A. Nota Técnica nº 7/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE, parágrafo 196, de 1 abr 2020. SEI nº 0735450.

[12] Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51. Representantes: Atlântico Terminais S.A. e Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A. Representado: Tecon Suape S.A. Voto do Conselheiro Relator Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, parágrafos 360 e 376, de 8 fev 2021. SEI nº 0864149.

[13] Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48. Representante: Cade Ex-Ofício. Representados: Empresas dos mercados hospitalar, farmacêutico, distribuição de materiais hospitalares, medicamentos e afins. Despacho da Superintendência-Geral de Instauração de Procedimento Preparatório nº 19/2020, de 18 mar 2020. SEI nº 0733096.

[14] Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48. Representante: Cade Ex-Ofício. Representados: Empresas dos mercados hospitalar, farmacêutico, distribuição de materiais hospitalares, medicamentos e afins. Nota Técnica nº 19/2022/CGAA2/SGA1/SG/CADE, de 26 mai 2022. SEI nº 1068749.

[15] BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. *Manual de direito do consumidor*. Coord. SILVA, Juliana Pereira da. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014, página 177. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-4a-edicao-2.pdf>. Acesso em 25 ago 2022.

[16] Processo nº 08012.000637/2020-21, Nota Técnica nº 8/2020/CGEMM/DPDC/Senacon/MJ. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nota-tecnica-no-8-2020.pdf>. Acesso em 25 ago 2022.

[17] A Nota Técnica nº 8/2020 prevê que, para identificar a abusividade no aumento de preços, as

seguintes etapas devem ser seguidas: "(i) identificar o produto que se quer verificar abusividade (álcool gel, por exemplo); (ii) identificar as empresas que atuam concorrencialmente nesse mercado; (iii) identificar a cadeia produtiva, incluindo a matéria-prima do produto; (iv) solicitar notas fiscais de compra e de venda com uma série histórica confiável, sendo recomendável ao menos uma série de 03 meses (90 dias); (v) identificar se há racionalidade econômica no aumento de preços ou se ele deriva pura e simplesmente de oportunismo do empresário".

[18] Procedimento Preparatório nº 08700.005149/2019-18. Representantes: Defensoria Pública da União, Médicos Sem Fronteiras – Brasil, Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia), Grupo de Incentivo à Vida (GIV), Fórum das ONGs Aids do Estado de São Paulo (Foaesp), Fórum de ONGs Aids do Rio Grande do Sul, Grupo de Apoio à Prevenção da Aids (Gapa/BA). Grupo Solidariedade É Vida (GSOLEVIDA), Universidades Aliadas para o Acesso a Medicamentos Essenciais (UAEM) e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec). Representados: Gilead Sciences Inc., Gilead Pharmasset LLC e Gilead Sciences Farmacêutica do Brasil Ltda. Nota Técnica nº 15/2022/CGAA11/SG/Cade, de 8 set 2022. SEI nº 1115824.

Date Created

24/09/2022