

acadêmica
LIVRE

DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Organização

Caio Mário da Silva Pereira Neto

Autores

Antonio Bloch Belizario

Bruno Bastos Becker

Bruno Polonio Renzetti

Caio Mário da Silva Pereira Neto

Carolina Destailleur G. B. Bueno

Daniel Favoretto Rocha

Danilo Alves de Sousa

Esther Collet Janny Teixeira Biselli

Gabriel de Carvalho Fernandes

João Felipe Achcar de Azambuja

Marcela Abras Lorenzetti

Marcela Mattiuzzo

Marina Chakmati

Raíssa Leite de Freitas Paixão

 **FGV DIREITO SP**

LIVRE *para*

pensar

ler

copiar

partilhar

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio de diferentes enfoques. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros do Conselho Editorial da coleção.

Conselho Editorial

Flavia Portella Püschel (*FGV DIREITO SP*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)

acadêmica
LIVRE

DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Organização

Caio Mário da Silva Pereira Neto

Autores

Antonio Bloch Belizario

Bruno Bastos Becker

Bruno Polonio Renzetti

Caio Mário da Silva Pereira Neto

Carolina Destailleur G. B. Bueno

Daniel Favoretto Rocha

Danilo Alves de Sousa

Esther Collet Janny Teixeira Biselli

Gabriel de Carvalho Fernandes

João Felipe Achcar de Azambuja

Marcela Abras Lorenzetti

Marcela Mattiuzzo

Marina Chakmati

Raíssa Leite de Freitas Paixão

 **FGV DIREITO SP**

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, *sites*, apresentações, blogues, redes sociais etc., desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

A Coleção Acadêmica Livre adota a licença Creative Commons - Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, exceto onde estiver expresso de outro modo.

**Editora-chefe**

Catarina Helena Cortada Barbieri

Edição

Lyvia Felix

Preparação de texto

Willians Calazans

Revisão e editoração

Know-How Editorial

Projeto gráfico

Ultravioleta Design

Capa

Marcelo Guerreiro (Ultravioleta Design)

Ficha catalográfica elaborada por: Cristiane de Oliveira CRB SP-008061/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

Defesa da concorrência em plataformas digitais [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo : FGV Direito SP, 2020.
342p. - (Coleção acadêmica livre)

ISBN: 978-65-87355-15-3

1. Direito antitruste. 2. Concorrência. 3. Mídia digital. 4. Direito do consumidor. 5. Controle de preço. I. Pereira Neto, Caio Mario da Silva. II. Fundação Getulio Vargas.

CDU 347.733

FGV DIREITO SP**Coordenadoria de Publicações**

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: ***publicacoes.direitosp@fgv.br***

SOBRE O ORGANIZADOR

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO

Professor de Direito Econômico da FGV DIREITO SP. Coordenador do Grupo de Estudos sobre Direito da Concorrência e Regulação em Plataformas Digitais na FGV Direito SP. Possui Bacharelado em Direito pela Universidade de São Paulo L.L.B. Mestrado (LL.M.) e Doutorado (J.S.D.) pela Yale Law School (EUA). Foi *fellow* do ISP – Information Society Project (Yale) e participante no Summer Doctoral Program no Oxford Internet Institute (OII). Atuou como professor visitante na Universidade da Flórida (Gainesville, FL – EUA) e pesquisador visitante na King’s College London (KCL). Exerceu o cargo de Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça (1999-2000). É sócio fundador e responsável pelas áreas de direito da concorrência, direito público e regulação no Pereira Neto | Macedo Advogados (PNM). Atualmente, ocupa o cargo de Presidente do Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC (2020-2021).

SOBRE OS AUTORES

ANTONIO BLOCH BELIZARIO

Graduado em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Advogado associado da equipe de Direito Concorrencial do escritório Pereira Neto | Macedo Advogados.

BRUNO BASTOS BECKER

Professor da Graduação em Direito da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre (LL.M.) pela Yale University. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

BRUNO POLONIO RENZETTI

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Aprovado no LL.M. da Yale Law School (2021-2022). Mestre em Direito pela FGV/SP e Bacharel pela Universidade do Paraná (UFPR). Professor da Pós-Graduação no Insper e IBMEC/SP. Advogado associado de Pereira Neto | Macedo, em São Paulo.

CAROLINA DESTAILLEUR G. B. BUENO

Graduada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) (2017). Associada na equipe de Direito da Concorrência do escritório Pinheiro Neto Advogados.

DANIEL FAVORETTO ROCHA

Mestrando e Bacharel pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), com apoio da Bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Durante sua formação, trabalhou em gabinete de Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Advogado associado ao escritório Pereira Neto | Macedo Advogados.

DANILO ALVES DE SOUSA

Graduando em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) e colaborador da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

ESTHER COLLET JANNY TEIXEIRA BISELLI

Mestranda em Direito dos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Membro do Comitê de Regulação do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com período de intercâmbio no Institut Catholique de Paris. Advogada da área de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.

GABRIEL DE CARVALHO FERNANDES

Mestrando em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Colaborador e pesquisador da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac). Advogado Associado na equipe de Direito Concorrencial do escritório Pereira Neto | Macedo Advogados, em São Paulo.

JOÃO FELIPE ACHCAR DE AZAMBUJA

Graduado em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Advogado no escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

MARCELA ABRAS LORENZETTI

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-graduada em Direito Econômico pelo Programa de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP) (FGV*law*). Advogada.

MARCELA MATTIUZZO

Doutoranda em direito comercial na Universidade de São Paulo, mestra em Direito do Estado e bacharela em Direito pela mesma instituição. Foi visiting researcher na Yale Law School, assessora e chefe de gabinete da Presidência do Cade. Sócia das áreas de concorrência e proteção de dados em VMCA Advogados.

MARINA CHAKMATI

Bacharel em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP), em 2018. Advogada Associada em Direito Concorrencial no escritório Pinheiro Neto Advogados.

RAÍSSA LEITE DE FREITAS PAIXÃO

Graduanda na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Advogada associada da equipe de Direito da Concorrência do escritório Pereira Neto | Macedo Advogados.

APRESENTAÇÃO

Esta obra é fruto de reflexões ocorridas no Grupo de Estudos sobre Direito da Concorrência e Regulação em Plataformas Digitais na FGV DIREITO SP. Esse grupo, que envolve alunos, ex-alunos, profissionais e colaboradores externos, tem se reunido desde 2017, realizando a discussão de artigos e casos de defesa da concorrência que envolvem plataformas digitais. Em reuniões quinzenais, os membros do grupo têm refletido sobre os novos desafios apresentados pelas transformações da economia digital ao direito antitruste. Nesse contexto, decidimos construir uma obra coletiva que pudesse servir como mapeamento do debate contemporâneo.

A aplicação do direito da concorrência na economia digital é um objeto de estudo multifacetado, e esta obra aborda diversas dessas facetas. Os diferentes capítulos ora reunidos cobrem desde os objetivos e funções do direito da concorrência na era digital até a transformação da análise de condutas e fusões, que têm exigido uma constante reflexão e revisão da teoria clássica do direito antitruste. Cada autor (ou grupo de autores) traz sua perspectiva sobre temas intrincados e polêmicos, que muitas vezes apresentam mais perguntas do que respostas. Em conjunto, eles compõem um panorama amplo do debate atual, ajudando a organizar o campo de discussões.

O capítulo introdutório, elaborado por Bruno Renzetti, Carolina Bueno e Raíssa Paixão, mapeia alguns conceitos-chave na análise de mercados digitais: (i) efeitos de rede, (ii) mercados de múltiplos lados; (iii) preço zero; (iv) dados como um ativo; (v) *multihoming*; e (vi) dinamicidade. Esses conceitos são explorados nos vários capítulos que se seguem nesta obra, contribuindo para a construção de um léxico que permita uma melhor compreensão dos fenômenos competitivos na economia digital.

Bruno Becker e Marcela Mattiuzzo apresentam uma análise do debate sobre os objetivos do direito da concorrência no século XXI, indicando a tensão existente entre aqueles que propõem um foco restrito sobre o

impacto no bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) e aqueles que propõem um objetivo mais amplo de preservação do processo competitivo e da diversidade no mercado. O capítulo mapeia diferentes correntes de pensamento, tentando posicioná-las num espectro de possibilidades, sem defender necessariamente uma ou outra delas. Conforme reconhecido pelos autores, apesar de esse debate extrapolar o âmbito da economia digital, ele tem sido muito influenciado pelos desafios apresentados por plataformas *on-line*, que podem incrementar o bem-estar do consumidor ao mesmo tempo que afetam outras dimensões, como a diversidade na esfera pública.

Caio Mário Pereira Neto e Bruno Renzetti procuram mapear os espaços e interfaces entre direito da concorrência, direito do consumidor e proteção de dados. O capítulo aborda as especificidades e limitações de cada subsistema jurídico, identificando suas racionalidades, vocações e os tipos de problemas para os quais suas ferramentas tendem a ser mais adequadas. Ao analisar esses subsistemas, fica claro que o direito da concorrência tem um papel relevante, mas limitado, para lidar com os desafios da era digital. Para endereçar esses desafios, tende a ser necessária a interação de diferentes subsistemas e ferramentas de *enforcement* e regulação.

Dando continuidade a essa discussão, Daniel Rocha e Marina Chakmati focam mais especificamente a inter-relação entre antitruste e privacidade na economia digital. A partir dessa perspectiva, os autores identificam diferentes interfaces e indicam como o direito da concorrência pode incorporar preocupações com privacidade ao analisar a dinâmica competitiva de mercados digitais. Ao mesmo tempo, os autores reconhecem que, nesse campo, o antitruste é apenas uma das ferramentas disponíveis, sendo que as autoridades devem estar atentas às relações institucionais com órgãos de defesa do consumidor e de proteção de dados.

Marcela Lorenzetti e Antonio Belizario abordam as características de mercados de preços zero, um fenômeno que não é exclusivo da economia digital, mas que ganha nova dimensão e complexidade com o desenvolvimento de plataformas *on-line*, nas quais as principais moedas de troca dos usuários são atenção e dados. Os autores apontam as diversas racionalidades para o desenvolvimento desse tipo de mercado e suas implicações para

a dinâmica concorrencial. A partir desse mapeamento, são apontadas as dificuldades enfrentadas por ferramentas tradicionais da análise antitruste que se baseiam na teoria do preço, incluindo a definição de mercados relevantes, a mensuração de *market shares* como *proxy* de poder de mercado e as dificuldades de avaliar variáveis como qualidade e inovação, quando não há competição por preços. Esse contexto traz importantes desafios para o desenvolvimento de novas ferramentas analíticas, capazes de avaliar a dinâmica competitiva desses mercados.

João Felipe Azambuja aborda o tema das cláusulas de paridade de preços adotadas por certas plataformas digitais – também conhecidas como cláusulas de nação mais favorecida ou *most-favored-nation* (MFNs). Tais cláusulas e seus efeitos têm sido analisados em diversas jurisdições, especialmente no contexto de agências de viagem *on-line* – *online travel agencies* (OTAs) –, com diferentes reações das autoridades antitruste. Ao mapear a doutrina, a jurisprudência e os estudos empíricos sobre o assunto, o autor também contribui para ilustrar os desafios da análise de práticas comerciais que podem ter efeitos ambíguos sobre a competição e o bem-estar do consumidor.

Gabriel Fernandes e Danilo Sousa apresentam um capítulo mapeando o debate sobre predação em plataformas digitais. Os autores não apenas identificam as dificuldades de aplicar a teoria clássica de preços predatórios em mercados digitais como abordam o novo conceito de inovação predatória. Ao discutir a doutrina e alguns casos recentes, o capítulo destaca dois pontos centrais no debate sobre predação: (i) a adequação ou não das ferramentas tradicionais diante de mercados com custos marginais tendentes a zero, economias de rede e necessidade de criação de massa crítica em plataformas; e (ii) uma discussão mais ampla dos objetivos do direito antitruste ao tratar de predação, notadamente a emergência de argumentos recentes que buscam caracterizar como predatórias condutas que distorçam o processo competitivo, ainda que não tenham impacto negativo sobre o bem-estar do consumidor no curto prazo.

Esther Biselli desenvolve um capítulo sobre discriminação de preços em plataformas digitais, indicando como a emergência do *big data* está viabilizando práticas sofisticadas que se aproximam da chamada discriminação de

primeiro grau (ou discriminação perfeita), com empresas que procuram identificar a disposição de pagar de cada consumidor. Nesse contexto, a tradicional ambiguidade das práticas de discriminação, que promovem eficiência alocativa com expansão de oferta ao mesmo tempo que geram transferência de bem-estar do consumidor para o produtor, tende a tornar-se ainda mais aguda. Assim, a interface entre direito da concorrência, direito do consumidor e disciplina da privacidade torna-se particularmente relevante ao tratar de discriminação de preços.

Carolina Bueno e Raíssa Paixão buscam mapear os principais argumentos em torno de três grandes discussões sobre fusões na era digital: (i) a adequação dos atuais critérios de submissão obrigatória de operações de concentração a autoridades antitruste; (ii) a aplicabilidade do instrumental tradicional para a análise de fusões aos mercados digitais e a eventual necessidade de adaptação desse instrumental; e (iii) a necessidade de maior ou menor intervenção na análise de concentrações econômicas envolvendo empresas que operam em mercados digitais. O capítulo traz elementos essenciais do debate contemporâneo sobre fusões no ambiente digital, identificando o contexto de elevada incerteza em que as autoridades devem avaliar operações nesses mercados.

Daniel Rocha, em uma segunda contribuição para esta obra, aborda os desafios enfrentados no desenho e implementação de remédios antitruste em fusões que envolvam plataformas digitais. O capítulo aborda como o dinamismo e a incerteza nesses mercados dificultam o *enforcement* antitruste. Recorrendo à teoria dos contratos, Rocha identifica um *trade-off* entre os custos de transação necessários para a negociação de remédios mais precisos e detalhados e os custos de *enforcement* associados a remédios mais genéricos (e.g., obrigações gerais de não discriminação após a fusão). Provavelmente, o desafio está na busca de um equilíbrio, com vistas a desenhar remédios que sejam suficientemente específicos e claros, minimizando custos de transação e de *enforcement*. Em qualquer hipótese, a cautela na imposição de remédios tem sido uma tendência.

Finalmente, vale registrar que esta obra é fruto de um esforço verdadeiramente coletivo, em que várias pessoas investiram tempo e energia. Bruno Renzetti colaborou desde o início na organização do Grupo de

Estudos sobre Direito da Concorrência e Regulação em Plataformas Digitais, tendo sido um parceiro ao longo dessa trajetória. Além dele, Carolina Bueno, Gabriel Fernandes e João Felipe Azambuja também contribuíram na revisão final dos capítulos que compõem a obra, com comentários e sugestões importantes.

Registro, ainda, que a revisão e a conclusão desta obra foram realizadas durante o período acadêmico que passei como pesquisador visitante no King's College London. Assim, agradeço a instituição que me acolheu de forma tão gentil e calorosa, viabilizando o espaço para me dedicar a projetos como esse.

Caio Mário da Silva Pereira Neto

Professor de Direito Econômico da FGV Direito SP.
Coordenador do Grupo de Estudos sobre Direito
da Concorrência e Regulação em Plataformas Digitais.

PREFÁCIO

O tema a que se dedica este livro vem atraindo corações e mentes da comunidade antitruste, mobilizando autoridades, acadêmicos, operadores do direito e economistas nas mais variadas jurisdições do mundo. Trata-se, sem dúvida, do assunto mais relevante em regulação e concorrência neste final de década, sendo claros os sinais de que o debate em torno das políticas apropriadas para a economia digital se projeta para o futuro. Eventos e publicações floresceram entre 2018 e 2020, em fóruns internacionais, como OCDE, ICN, BRICS e Banco Mundial, em variadas universidades e autoridades de concorrência. A relevância da temática extrapolou as fronteiras usuais dos debates concorrenciais, transitando não apenas para áreas vizinhas, como a regulação e a defesa do consumidor, mas também para privacidade e sistema político. A economia digital obrigou a comunidade antitruste a dialogar com outras áreas, a explorar interfaces e a repensar os seus próprios princípios.

Esse esforço intelectual está absolutamente ancorado nas transformações do mundo real. Das dez empresas mais valiosas do mundo, sete são plataformas digitais ou sistemas de plataformas digitais. Essa posição é relativamente recente e parece se consolidar a cada ano. No início de 2010, apenas a Microsoft figurava nessa lista. Em 2015, ela recebia a companhia de Apple e Google. A partir de então, Facebook, Amazon, Alibaba e Tencent passam a compor o time das dez maiores, em uma composição que é percebida como estável para grande parte dos analistas.

As chamadas *big techs* impõem novos desafios à defesa da concorrência e à regulação. Seus negócios operam de forma diferente dos negócios tradicionais, para os quais as regras de investigação antitruste foram construídas. O conhecimento sobre o modo de funcionamento do modelo de negócio em plataformas digitais é relativamente recente, estando associado ao trabalho seminal de Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, de 2003,¹ tendo o segundo

¹ 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.

recebido o Prêmio Nobel de Economia em 2014. Os desafios práticos para a análise concorrencial de plataformas foram logo se impondo às autoridades de concorrência, inicialmente apenas pela sua complexidade temática, e posteriormente pelas ações das *big techs*, seja em centenas de aquisições, seja em condutas que passaram pelo escrutínio dessas autoridades.

Algumas das características das economias modernas, como a redução da participação da renda do trabalho na renda total, com o efeito de acentuar a desigualdade,² e o aumento sistemático do poder de mercado na economia americana,³ têm sido associadas ao crescimento das plataformas digitais. Essa associação não é direta e nem necessariamente percebida como um problema a ser enfrentado pela política pública. Por exemplo, Barry *et al.* (2019)⁴ e, em menor grau, Shapiro (2019)⁵ destacam que os efeitos são antes fruto da maior eficiência e ganhos trazidos por essas novas modalidades de negócio, sendo, em última análise, benéficos aos consumidores. Essa, aliás, é uma conclusão que raramente é contraditada por aqueles que advogam por maiores freios à expansão das *big techs*. Estes frequentemente adotam posição favorável à revisão dos princípios que orientam as intervenções antitruste, a começar pela negação do conceito normativo de bem-estar do consumidor e pela incorporação de objetivos de interesse público.⁶

A discussão revisionária dos princípios de análise antitruste possivelmente decorre das implicações igualmente amplas das plataformas digitais. Por estarem assentadas na relação com consumidores finais e na captura e

² AUTOR, David *et al.* The fall of the labor share and the rise of superstar firms. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 135, n. 2, p. 645-709, 2020.

³ DE LOECKER, Jan; EECKHOUT, Jan; UNGER, Gabriel. The rise of market power and the macroeconomic implications. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 135, n. 2, p. 561-644, 2020.

⁴ BERRY, Steven; GAYNOR, Martin; SCOTT MORTON, Fiona. Do increasing markups matter? Lessons from empirical industrial organization. *Journal of Economic Perspectives*, v. 33, n. 3, p. 44-68, 2019.

⁵ SHAPIRO, Carl. Protecting competition in the American economy: merger control, tech titans, labor markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 33, n. 3, p. 69-93, 2019.

⁶ WU, Tim. After consumer welfare, now what? The “protection of competition” standard in practice. *The Journal of the Competition Policy International*, 2018.

processamento de volumes inéditos de dados, as plataformas digitais são também objeto de atenção das autoridades de defesa do consumidor e da regulação da privacidade e direitos de uso de dados pessoais. Além disso, por administrarem intenso fluxo de informação e de conexão entre cidadãos, sua atuação passou também a ser do interesse e preocupação da esfera política. Essas características tornaram a análise de plataformas digitais um esforço altamente instigante e complexo. Não é tarefa fácil, mas, ao mesmo tempo, é tarefa absolutamente necessária.

Por esse motivo, é uma satisfação ver nascer este livro, *Defesa da concorrência em plataformas digitais*, sob a organização do Professor Caio Mário da Silva Pereira Neto. Bem antes de o tema ter ocupado os principais espaços de debate, Caio já o tinha eleito como objeto de estudo, aproveitando-se de sua *expertise* em defesa da concorrência e em regulação de telecomunicações. Com a consistência acadêmica e a sofisticação intelectual habituais, Caio conseguiu liderar um grupo de pesquisas que atraiu e ajudou a formar diversos jovens pesquisadores sobre o tema. Desse trabalho consistente surge esta publicação, a qual, conforme dito há pouco, é tarefa desafiante e absolutamente necessária.

A obra apresenta como principal virtude a visão holística que se requer para a análise concorrencial de plataformas digitais. Dedicase a apresentar os desafios da abordagem tradicional da defesa da concorrência em face do novo modelo de negócios, que coloca em xeque a definição de mercado relevante, o ponto inicial da análise antitruste, bem como regras de decisão já consolidadas, como as de identificação de ilícito por preço predatório e de discriminação de preços. As práticas que antes funcionavam razoavelmente são, no mínimo, qualificadas, podendo até ser revisadas por completo.

Também dois dos eixos principais da prática antitruste – o controle de fusões e de condutas unilaterais – são reavaliados à luz das características desse novo modelo de negócios. Destaco que essa análise não se prende apenas a compilar as excelentes contribuições de *think tanks* como a OCDE ou o *Stigler Center*,⁷ mas traz alguns aspectos relevantes que não estavam

7 SCOTT, Morton Fiona *et al.* *Committee for the Study of Digital Platforms: Market Structure and Antitrust Subcommittee: Report*. Chicago, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, University of Chicago Booth School of Business, 2019.

bem desenvolvidos, como a presença da incerteza e da imprevisibilidade, que devem ser consideradas no controle preventivo de estruturas. Ainda no centro da análise concorrencial, são discutidas também as consequências do modelo de plataformas digitais sobre o desenho de remédios, visto que suas características tornam mais complexos ou ineficazes alguns remédios estruturais normalmente utilizados. O livro toca em todos esses pontos com equilíbrio, alertando também para as dificuldades que se apresentam para as soluções propostas.

Ainda que tenha elegido a defesa da concorrência como centro, a obra incorporou as diversas interfaces desta com demais políticas que foram também profundamente afetadas pelas plataformas digitais. De fato, nos debates sobre as *big techs* sobressaem igualmente preocupações com relação à defesa do consumidor e à privacidade, que algumas vezes são contempladas pelas autoridades de defesa da concorrência. Esse é, portanto, um tema caro e central no debate internacional sobre regulação de plataformas digitais. É gratificante ver o desenvolvimento dessa temática em uma perspectiva brasileira e tão bem integrada com a análise concorrencial.

Uma empreitada dessa magnitude, que transita por temas variados, porém conexos, requer a contribuição de muitos pesquisadores. O risco da multiplicidade de autores, contudo, é a perda de articulação e coerência entre os artigos, mesmo quando organizados por pesquisador competente. Destaco exatamente esse aspecto como uma das virtudes do livro. Os vários capítulos, de autores diversos, falam a mesma língua, se complementam, de modo a garantir uma unidade de leitura. Creio que isso somente foi possível porque a obra não foi uma criação primária, o início da história, mas sim o fruto de um trabalho consistente de pesquisa de um grupo que abraçou o tema antes de ele se tornar proeminente. Esta publicação é o fruto, é o final da história.

Recomendo a leitura linear, do começo ao fim. Ainda que a obra possa ser útil para a extração de partes específicas, conforme o interesse do leitor, a articulação e a ordenação dos capítulos favorecem a leitura linear, com capítulos precedentes contribuindo para a compreensão e a reflexão sobre os capítulos posteriores.

Concluo este prefácio destacando algo que não se lê diretamente no livro, mas que é uma de suas mais importantes contribuições. Do esforço para a sua confecção, foram também desenvolvidos novos pesquisadores, que se dedicaram a tema igualmente novo, mas particularmente desafiante. É uma satisfação ver florescer esse jovem grupo de pesquisadores, que muito ainda podem trazer a essa temática.

Paulo Furquim de Azevedo

Professor do Insper. Coordenador
do Centro de Regulação e Democracia.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
Caio Mário da Silva Pereira Neto	
PREFÁCIO	14
Paulo Furquim de Azevedo	
1 MERCADOS DIGITAIS: ALGUNS CONCEITOS	21
Bruno Polonio Renzetti	
Carolina Destailleur G. B. Bueno	
Raíssa Leite de Freitas Paixão	
2 PLATAFORMAS DIGITAIS E A SUPERAÇÃO DO ANTITRUSTE TRADICIONAL: MAPEAMENTO DO DEBATE ATUAL	40
Bruno Bastos Becker	
Marcela Mattiuzzo	
3 BIG DATA ENTRE TRÊS MICROSSISTEMAS JURÍDICOS: CONSUMIDOR, PRIVACIDADE E CONCORRÊNCIA	84
Caio Mário da Silva Pereira Neto	
Bruno Polonio Renzetti	
4 ANTITRUSTE E PRIVACIDADE	119
Daniel Favoretto Rocha	
Marina Chakmati	
5 ZERO-PRICE MARKETS E SEUS DESAFIOS PARA A ANÁLISE CONCORRENCIAL	150
Marcela Abras Lorenzetti	
Antonio Bloch Belizario	
6 CLÁUSULAS DE PARIDADE (MFN) EM PLATAFORMAS DIGITAIS: A EXPERIÊNCIA NO SEGMENTO DE AGÊNCIAS DE VIAGEM ON-LINE (OTAs)	172
João Felipe Achcar de Azambuja	
7 PREDUÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS	203
Gabriel de Carvalho Fernandes	
Danilo Alves de Sousa	

8 DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS NA ECONOMIA DIGITAL	238
Esther Collet Janny Teixeira Biselli	
9 FUSÕES NA ERA DIGITAL	270
Carolina Destailleur G. B. Bueno	
Raíssa Leite de Freitas Paixão	
10 ENFORCEMENT ANTITRUSTE EM MERCADOS DIGITAIS: O CADE E OS REMÉDIOS EM FUSÕES NOS MERCADOS DE INOVAÇÃO	312
Daniel Favoretto Rocha	

1. MERCADOS DIGITAIS: ALGUNS CONCEITOS

Bruno Polonio Renzetti
Carolina Destailleur G. B. Bueno
Raíssa Leite de Freitas Paixão

INTRODUÇÃO

Este capítulo busca definir alguns conceitos relevantes para o estudo de mercados digitais e, com isso, criar um mapa para o leitor que se propõe a explorar os próximos capítulos, com a abordagem de diferentes aspectos da mesma temática: a relação entre plataformas digitais e o direito da concorrência.

Mercados digitais possuem peculiaridades que trazem novas questões e inúmeros desafios ao direito antitruste. Considerando que essas peculiaridades podem se traduzir em termos técnicos e relativamente recentes, este capítulo busca uniformizar e definir algumas das principais características dos mercados digitais que informam as reflexões propostas ao longo da obra, de forma a situar o leitor no debate e auxiliar em seu entendimento sobre o tema.¹

1.1 | MERCADOS DIGITAIS

A maior propagação de mercados digitais impactou fortemente a organização econômica em nível global, alterando o funcionamento clássico dos mercados e trazendo novos desafios ao direito, que deve, ao mesmo tempo,

- ¹ Em que pese este capítulo inicial do livro ter como objetivo propor a definição de alguns termos que podem auxiliar o leitor em sua compreensão da obra, os autores estão cientes de que a definição desses termos e do papel que eles desempenham na economia digital vem sendo amplamente discutida ao redor do mundo. Dessa forma, não se pretende aqui exaurir o tema ou adentrar no debate mais profundo sobre a exata definição de cada termo, mas de propor uma definição suficientemente capaz de guiar o leitor em sua leitura dos capítulos que compõem esta obra.

(i) se adaptar às mudanças tecnológicas já em andamento e (ii) criar um ambiente favorável à inovação e ao desenvolvimento tecnológico. Especificamente no direito antitruste, esses desafios levantam questionamentos importantes sobre os métodos tradicionalmente utilizados, tanto no controle de estruturas quanto na análise de condutas anticompetitivas. Acadêmicos, profissionais, autoridades e organizações em nível nacional e internacional vêm percebendo tais mudanças e se mobilizando para ampliar as discussões sobre o assunto. Isso não significa que haja qualquer certeza ou consenso de que os métodos tradicionais do antitruste não sejam aplicáveis a mercados digitais. Todavia, é inegável que a transformação da dinâmica competitiva demanda que metodologias consolidadas sejam revisitadas de forma constante, testando suas premissas e avaliando sua adequação ao novo contexto.²

A questão que se coloca é se essas transformações seriam tão significativas a ponto de sugerir que alguns métodos empregados no antitruste tradicional estariam superados, sendo necessárias novas ferramentas, ou se, ao revés, as ferramentas tradicionais ainda se mostram suficientes, ainda que precisem ser adaptadas em alguma medida.

As características inovadoras das plataformas digitais contrastam com muitos dos paradigmas dos mercados tradicionais. Aspectos como (i) efeitos de rede, (ii) mercados de múltiplos lados, (iii) preço zero, (iv) dados como um ativo, (v) *multihoming* e (vi) dinamicidade são alguns exemplos de características relevantes da economia digital, que trazem novos desafios ao direito da concorrência. Como será descrito a seguir, cada uma delas será

2 Em recente publicação institucional, a Comissão Europeia elaborou extenso relatório sobre a política concorrencial na era digital. Ao abordar o tema das mudanças que o antitruste parece sofrer com a emergência da economia digital, os autores do relatório foram pragmáticos: “There is no need to rethink the fundamental goals of competition law in the light of the digital revolution. Vigorous competition policy enforcement is still a powerful tool to serve the interests of consumers and the economy as a whole” (CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy for the digital era*. European Union, April 2019, p. 3. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020).

uma variável importante na compreensão da dinâmica competitiva de mercados digitais.

Em razão disso, essas características, verificadas em diversas plataformas digitais e recorrentemente citadas no decorrer da obra, serão abordadas a seguir de forma não exaustiva, porém suficiente para a melhor compreensão do tema e aproveitamento da leitura.

1.1.1 | EFEITOS DE REDE

Efeitos de rede são uma característica-chave em mercados digitais e tecnológicos. Em breve síntese, os efeitos de rede referem-se ao aumento de utilidade de uma plataforma conforme seu número de usuários aumenta. Em razão desses efeitos, a escolha do consumidor deixa de se basear exclusivamente em fatores tradicionais como qualidade e preço, considerando também o tamanho da rede e a possibilidade de conexão com outros usuários. Assim, a atratividade e o valor de uma determinada plataforma passam a ser diretamente proporcionais ao seu tamanho (quantidade de usuários).³ Diz-se que há um *feedback* positivo de demanda (demanda maior pela plataforma atrai ainda mais demanda).

O efeito de rede é considerado também uma externalidade porque cada usuário toma a decisão de juntar-se à plataforma baseado exclusivamente na utilidade que extrai dela. Vale dizer, os usuários não consideram em suas decisões individuais o valor que eles próprios trazem para outros usuários da plataforma.⁴ Essa externalidade pode levar a um tamanho subótimo da

³ 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: 2 maio 2020.

⁴ As externalidades de rede são uma das características principais dos mercados de economia digital. Na literatura especializada, um dos primeiros trabalhos a tratar do tema foi: KATZ, Michael L.; SCHAPIRO, Carl. Network externalities, competition and compatibility. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3, 1985. A Comissão Europeia, em seu recente relatório, define as externalidades de rede da seguinte forma: “The convenience of using a technology or a service increases with the number of users that adopt it. Consequently, it

rede, fazendo com que os desenvolvedores precisem buscar formas de incentivar a adesão de mais usuários.

Efeitos de rede podem ser diretos ou indiretos. Efeitos de rede diretos são verificados nos casos em que o aumento do número de usuários de uma determinada plataforma a torna mais atrativa para aquele mesmo grupo de usuários, considerando o aumento exponencial de conexões possíveis (e.g., operadoras de telecomunicações em que o número de conexões possíveis aumenta conforme o número de usuários na plataforma; redes sociais, em que os usuários buscam fazer parte da mesma rede que seus amigos e conhecidos).⁵ Efeitos de rede indiretos, por sua vez, são comuns em mercados de dois lados e ocorrem quando o aumento de usuários de um dos lados beneficia o grupo de usuários do outro lado da plataforma (e.g., plataformas de meios de pagamento em que portadores de cartões de pagamento buscam plataformas com maior número de estabelecimentos comerciais credenciados e estabelecimentos comerciais credenciados buscam plataformas com maior número de portadores; ou várias plataformas de *matchmaking*, como *sites* de reservas de restaurantes ou de hotéis em que o número de potenciais clientes atrai mais ofertantes e o número de ofertantes atrai mais clientes).⁶

A possibilidade de alcançar efeitos de rede significativos em determinados mercados digitais propicia o estabelecimento de agentes econômicos no modelo *winner-takes-all* (ou *winner-takes-most*). Nesse modelo, (i) a dominância (temporária ou duradoura) de uma ou poucas empresas passa a ser

is not enough for a new entrant to offer better quality and/or a lower price than the incumbent does; it also has to convince users of the incumbent to coordinate their migration to its own services” (CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy for the digital era*. European Union, April 2019, p. 2. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020).

⁵ OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU: merger control: key features and implications. *CPI Chronicle*, April 2018.

⁶ OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU: merger control: key features and implications. *CPI Chronicle*, April 2018.

uma consequência natural da dinâmica de concorrência pelo mercado e também sua forma mais eficiente de operar e (ii) a competição tende a ocorrer pelo mercado, ou seja, pela conquista de uma posição relevante no mercado, sendo que tende a não haver uma convivência de múltiplas plataformas no mesmo mercado (i.e., competição no mercado).

Um outro efeito que se observa nos mercados digitais, a partir dos efeitos de rede, é o fenômeno de *market tipping*. Tal evento ocorre quando uma plataforma atinge um número tão grande de usuários que o mercado se “inclina” a ela, a partir de um ciclo de *feedbacks* positivos. Quando isso ocorre, ainda que em decorrência da maior eficiência da plataforma vencedora, esta acaba se tornando o padrão do mercado, podendo, em última instância, resultar na eliminação dos demais concorrentes e no aumento das barreiras à entrada no mercado.⁷

De fato, efeitos de rede podem contribuir para a criação de barreiras de entrada. Em um mercado com fortes efeitos de rede, no momento zero, um novo entrante provavelmente enfrentará dificuldades para alcançar e atrair usuários, a despeito da qualidade de seus serviços. Sob a perspectiva do usuário, em muitos casos, apesar dos potenciais benefícios de uma migração em massa para uma nova plataforma, não há necessariamente um incentivo individual para migrar e pode haver custos de coordenação elevados – a decisão individual normalmente depende da expectativa sobre a reação dos demais usuários.⁸ Com isso, em algumas circunstâncias, é possível que mer-

7 “The competition risk of market tipping is based on the self-reinforcing process through direct network effects, which may create a monopoly in the most extreme case, as users tend to prefer large networks because of the benefit of network effects and could merge into a large network in the long run. In the end, this process would eliminate present competitors, as their shrinking networks would become unattractive. Direct network effects constitute a significant barrier to market entry, as any new market entrant would hardly be able to poach users from a large network with a wide user base” (THINK TANK INTERNET. Working paper – Market power of platforms and networks. *Bundeskartellamt*, June 2016, p. 100).

8 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: 2 maio 2020.

cados com fortes efeitos de rede fiquem presos em equilíbrios subótimos, em que a plataforma líder continua congregando o maior número de usuários, ainda que não seja a mais eficiente.

De todo modo, é importante enfatizar que efeitos de rede não são inerentemente bons ou ruins; são apenas uma característica do mercado, tal qual a homogeneidade ou heterogeneidade de produtos, a existência de economias de escala ou escopo, etc. Especificamente em mercados digitais, efeitos de rede são uma variável que altera significativamente a dinâmica competitiva de alguns mercados e que, portanto, deve ser analisada com cuidado pelas autoridades antitruste.

1.1.2 | **MERCADOS DE MÚLTIPLOS LADOS**

Grande parte das plataformas digitais pode ser caracterizada como exemplo dos chamados mercados de dois ou mais lados, que se beneficiam dos efeitos de rede, sejam eles diretos ou indiretos.⁹ Em mercados de dois ou mais lados digitais, a plataforma costuma aproximar grupos de usuários, que se beneficiam reciprocamente da interação na plataforma.

Recentemente, mercados de dois lados vêm sendo divididos em duas categorias: mercados não transacionais e mercados transacionais. Mercados de dois lados não transacionais são caracterizados pela ausência de interação direta entre os dois lados da plataforma e pela não observância de uma transação específica entre eles (e.g., mercados de mídia e publicidade *on-line* e usuários de *sites* de conteúdo). Mercados de dois lados transacionais, por sua vez, são plataformas capazes de intermediar transações observáveis entre os dois lados da demanda, geralmente cobrando algum valor de uma ou ambas as partes da transação (e.g., meios de pagamento, *marketplaces*, aplicativos de mobilidade). Em razão dessa característica, alguns autores defendem que, em casos envolvendo mercados transacionais, poderia ser definido um único mercado relevante incluindo os dois lados do mercado,

⁹ COUTINHO, Diogo; KIRA, Beatriz. Vinho novo em garrafas velhas. *Jota*, 2 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-02072018>. Acesso em: 2 maio 2020.

tendo em vista a intensidade de efeitos de rede indiretos (i.e., quanto mais cresce o número de usuários em um lado do mercado, maiores serão os benefícios experimentados pelos usuários no outro lado do mercado).¹⁰

A definição mais aceita sobre mercados de dois lados foi proposta pelos Professores Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, em artigo publicado em 2005,¹¹ e que é recorrentemente citada nos capítulos desta obra:

Mercados de dois lados (ou genericamente de múltiplos lados) são usualmente definidos como mercados em que uma ou diversas plataformas viabilizam a interação entre usuários, tentando atrair ambos os lados, cobrando cada um deles de forma apropriada. Em outras palavras, as plataformas captam cada um dos lados, na tentativa de ganhar, ou pelo menos não perder, dinheiro, como resultado final.¹²

Por definição, os mercados de múltiplos lados envolvem grupos de usuários diferentes: pelo menos dois grupos com objetivos distintos. Esse elemento não é traço exclusivo de mercados digitais e também não constitui requisito para que o serviço/produto se enquadre como participante da economia digital. É, no entanto, característica frequente e, dessa forma, relevante nas discussões trazidas ao longo desta obra.

Um dos grandes méritos das plataformas de dois ou múltiplos lados está na resolução de questões relacionadas à redução dos custos de transação,

¹⁰ NYESO, Anita; CAPOBIANCO, Antonio. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, p. 19-27, jan. 2018.

¹¹ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006.

¹² Tradução livre: “Two-sided (or more generally multi-sided) markets are roughly defined as markets in which one or several platforms enable interactions between end-users, and try to get the two (or multiple) sides ‘on board’ by appropriately charging each side. That is, platforms court each side while attempting to make, or at least not lose, money overall” (ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006).

que em muitos casos dificultam que agentes econômicos em diferentes grupos se engajem em transações ou simples relações. Ao reduzirem tais custos, as plataformas se tornam mais atrativas, congregando mais usuários e, por consequência, aumentando seu valor para os usuários e para os desenvolvedores da plataforma.¹³

Conforme evidenciado na definição de Rochet e Tirole *supra*, a cobrança de preços apropriados de cada um dos lados da plataforma desempenha um papel importante no contexto de mercados de dois ou mais lados. No cenário de plataformas digitais com múltiplos lados, é comum encontrar empresas digitais que cobram pela prestação de serviço/produto de apenas um grupo de usuários e ofertam serviços sem uma cobrança pecuniária para o outro.¹⁴ Isso se relaciona diretamente com a próxima característica bastante comum em mercados digitais: a existência de mercados de preço zero.

1.1.3 | **MERCADOS DE PREÇO ZERO**

Em muitos segmentos dos mercados digitais, serviços e produtos são oferecidos aos consumidores a preço zero, sem que haja qualquer dispêndio financeiro por parte deles. Há diversas estratégias para que empresas possam extrair lucro da oferta de um produto a preço zero, em um modelo sustentável de negócio.¹⁵

¹³ “A multi-sided platform creates value by coordinating the multiple groups of agents and, in particular, ensuring that there are enough agents of each type to make participation worthwhile for all types” (EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 623, 2012).

¹⁴ MCSWEENEY, Terrell; O’DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term prices effects in merger analysis. *CPI Antitrust Chronicle*, February 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

¹⁵ “Multiple categories of sustainable (i.e., long-run) business models have gained prominence in zero-price markets. These include tying strategies, two-or multisided models, and ‘premium upgrade’ or (more commonly) ‘freemium’ models. The common thread between each of these categories is the presence of interrelated products. Where for-profit

Primeiro, pode-se praticar uma estratégia de oferta conjunta de produtos complementares (e.g., Windows/Internet Explorer, iTunes/iTunes Store).¹⁶ Segundo, conforme adiantado *supra*, o racional para o preço zero também pode estar relacionado à multilateralidade do mercado envolvido. Nesse caso, a estratégia está na cobrança de apenas um grupo de usuários.¹⁷ Citem-se como exemplo os anunciantes do Facebook e do Google, que pagam à plataforma para terem seus anúncios disponibilizados, enquanto os usuários cadastrados não incorrem em custos financeiros para usufruir da rede social ou dos mecanismos de busca.¹⁸ Por fim, a estratégia adotada por algumas empresas também é a oferta de produtos *freemium*, disponibilizados a preço zero em sua versão básica e a um preço positivo em sua versão aprimorada.¹⁹

Uma plataforma digital também pode escolher não cobrar do consumidor, com o objetivo de aumentar sua clientela, visando ampliar efeitos de rede e possíveis economias de escala, com vistas a criar uma massa crítica de usuários.²⁰

Como se verifica, mercados de preço zero são estruturalmente diferentes dos mercados tradicionais, nos quais o preço é uma das principais variáveis competitivas. Em razão disso, os mercados nos quais o preço possui menor

firms are competing in zero-price markets, invariably they are making money somehow. In this context, they do so by offering some other product that is somehow interrelated with the zero-price product” (NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015).

¹⁶ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

¹⁷ OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU: merger control: key features and implications. *CPI Chronicle*, April 2018.

¹⁸ MASSIMILIANO, Kadar. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 342.

¹⁹ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

²⁰ OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU: merger control: key features and implications. *CPI Chronicle*, April 2018.

protagonismo tendem a desafiar a teoria tradicional do antitruste, que usualmente está baseada em análises a partir dos valores monetários dos produtos e serviços e da capacidade de firmas dominantes cobrarem preços supracompetitivos.

Isso não significa, todavia, que esses mercados não merecem atenção do direito da concorrência. Apesar da ausência de dispêndio financeiro nesses mercados, os consumidores cedem algo (que pode ser chamado de custo não monetário) em troca de serviços ou produtos de preço zero. Os principais custos não monetários são (i) dados e (ii) atenção.²¹ Além disso, serviços ofertados a preço zero também competem entre si por múltiplas características, incluindo facilidade de acesso e qualidade.

Diante desse cenário, também é possível que ferramentas importantes para a análise antitruste, como a de mercado relevante, normalmente feita com o auxílio do teste do monopolista hipotético (TMH) (*small but significant and non-transitory increase in price* [SSNIP test]), precisem ser repensadas para a análise de mercados em que não há preço.²² Especificamente no debate sobre a adequação do SSNIP test para análise de mercados de preço zero, discute-se a possibilidade de aplicação de um teste semelhante que considere reações dos consumidores a um decréscimo de qualidade do serviço ofertado a preço zero (*small but significant and non transitory decrease in quality* [SSNDQ test]), cuja aplicação é mais complexa.²³ Vale dizer, na ausência de preço, o SSNDQ test procura

21 NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

22 Neste cenário, outras variáveis passam a ser levadas em consideração pelos consumidores, tais como a qualidade do produto/serviço e até mesmo o nível de proteção à privacidade que as plataformas oferecem.

23 “The SSNDQ test faces criticism that in practice it is unworkable, however, given the internet difficulties of measuring quality alongside the existing complications of the applying the SSNIP test itself within real market situations” (OECD. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013. p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020).

identificar se os consumidores migrariam para serviços alternativos se houvesse um decréscimo em qualidade.²⁴

A discussão sobre ferramentas alternativas como o SSNDQ *test* se mostra extremamente relevante, na medida em que, mesmo em mercados de preço zero, podem existir preocupações concorrenciais e potenciais danos ao consumidor (se não por meio de maiores valores monetários, por meio de impactos na atenção, informação e qualidade). Nesses casos, cumpre ao direito da concorrência garantir as condições de competição para que os consumidores recebam os melhores produtos de preço zero em troca, por exemplo, de um menor volume de atenção e informação.²⁵ Para isso, a análise de modelos de negócio de preço zero, seja por meio da oferta conjunta de serviços complementares, da oferta de produtos *freemium* ou em mercados de diversos lados, deve levar em consideração todas as variáveis envolvidas (inclusive aquelas não relacionadas a preços).²⁶ Diante desses desafios, entender o funcionamento de mercados de preço zero e seus impactos na teoria tradicional do direito da concorrência torna-se indispensável para a compreensão sobre a dinâmica competitiva em plataformas digitais.

²⁴ “Hartmann, Teece, Mitchell and Jorde have argued that a SSNDQ test is not only feasible, but necessary, for defining markets and assessing market power in sectors subject to rapid technological change. [...] Firms do not only compete on price, they emphasize, but on innovation and quality. That is especially true in markets featuring swift technological progress. Customers in such markets may care far more about product features than about price. To assume that two products in those markets can be in competition with each other only if customers are so price-sensitive that a hypothetical five percent increase in the price of one induces a switch to the other leads to overly narrow market definition, the authors argue. Therefore, some markets should not be defined with a method that relies on price alone” (OECD. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013. p. 14. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020).

²⁵ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

²⁶ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

1.1.4 | **DADOS COMO UM ATIVO**

A capacidade de usar dados para desenvolver novos produtos e serviços ou aprimorar produtos e serviços já existentes vem se tornando um diferencial competitivo relevante em diversos mercados.²⁷ No contexto de mercados digitais, a evolução tecnológica potencializa essa tendência, na medida em que possibilita a coleta, o armazenamento e o processamento de um volume crescente de dados.²⁸ Em determinados casos, especialmente naqueles envolvendo dados de difícil obtenção, processamento de dados ou o uso de mecanismos de inteligência artificial, alguns autores argumentam que dados podem ser vistos como uma vantagem competitiva e até mesmo como uma possível barreira à entrada.²⁹ O fato de ser possível obter certos dados a um baixo custo, a ideia de que dados são bens não rivais e a experiência de empresas que prosperaram sem iniciar com uma grande base de dados, por sua vez, relativizam a percepção de que dados seriam uma barreira à entrada. Dessa forma, em mercados digitais, dados podem ser uma vantagem competitiva, que, a depender do caso, será plenamente legítima ou poderá levantar certas preocupações concorrenciais.

Nesse contexto, quando identificado um potencial problema relacionado à detenção de dados, têm surgido discussões sobre estratégias que poderiam contribuir para reduzir barreiras à entrada e custos de transação: a

²⁷ 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: 2 maio 2020.

²⁸ 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: 2 maio 2020.

²⁹ MCSWEENEY, Terrell; O'DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term price effects in merger analysis. *CPI Antitrust Chronicle*, February 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

portabilidade (permite que os usuários controlem seus dados e os transfiram de uma plataforma para outra), a interoperabilidade (permite que os usuários utilizem duas ou mais plataformas complementares de forma conectada)³⁰ e a possibilidade de aquisição de bases de dados. De outro lado, o estímulo a tais mecanismos pode ser visto como um desincentivo à inovação ou como uma solução de difícil implementação. Assim, a decisão por adotar ou não medidas para facilitar o acesso a dados não é trivial e vem sendo amplamente discutida ao redor do mundo.

Da mesma forma, por envolver interesses sensíveis, a discussão sobre dados é complexa e muitas vezes se apresentará na interface com discussões de privacidade e modelos de negócios (como incentivos a investimentos e proteção de segredos de negócio).³¹ Definir os limites dessas interfaces e desenhar as políticas públicas apropriadas e eficientes estão entre os mais complexos desafios trazidos pelos mercados digitais, e vários deles tendem a extrapolar a atuação de autoridades antitruste.

1.1.5 | **SINGLE-HOMING OU MULTIHOMING**

Mercados digitais também podem se desenvolver com características de *single-homing* ou *multihoming*. Em síntese, essa característica está ligada ao momento em que ocorre a competição entre plataformas (i.e., o momento da adesão ou o momento do uso).

Em mercados de *single-homing*, a competição entre as diversas plataformas costuma ocorrer no momento da adesão. Assim, a competição pela adesão do consumidor nesses mercados tende a ser mais intensa. Mercados de *multihoming*, por sua vez, usualmente permitem a adesão do consumidor

³⁰ 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: 2 maio 2020.

³¹ 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: 2 maio 2020.

a múltiplas plataformas digitais simultaneamente, transferindo a competição para o momento do uso das plataformas. Nesse contexto, considerando que o consumidor toma uma nova decisão a cada interação, a intensidade da competição entre plataformas costuma estar ligada à conquista do usuário no momento do uso.

Dessa forma, a tendência de um determinado mercado ao *single-homing* ou ao *multihoming* é, sem dúvida, uma variável importante na compreensão da dinâmica competitiva de mercados digitais. Não obstante, considerando que o *multihoming* pode ter efeitos distintos em cada mercado digital, é importante que esse elemento seja analisado caso a caso e com cautela pelas autoridades antitruste ao redor do mundo.

No âmbito da Comissão Europeia, o estudo *Competition policy for the digital era* destaca os efeitos da possibilidade de *multihoming* em relação a plataformas entrantes. De acordo com o estudo, considerando que os usuários tendem a ser relutantes na troca de prestador de serviço em razão da incerteza sobre sua qualidade e capacidade de atender às expectativas, a possibilidade de usar mais de uma plataforma simultaneamente poderia mitigar essa postura relutante, ampliando as chances de sucesso de plataformas entrantes.³²

Na análise de atos de concentração, a existência de *multihoming* é vista como uma característica importante a ser considerada na análise de efeitos de uma determinada fusão. Nesse sentido, Ocello e Sjödin citam alguns precedentes analisados pela Comissão Europeia que trouxeram essa discussão: (i) Facebook/WhatsApp – no qual o extensivo *multihoming* no mercado de plataformas de comunicação foi um dos fatores considerados para afastar as preocupações da Comissão; (ii) Microsoft/LinkedIn, no qual se considerou que o *multihoming* no mercado de redes profissionais não seria suficiente; e (iii) Travelport/Worldspan, no qual se analisou a insuficiência do *multihoming*, quando verificado em um único

³² 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: 2 maio 2020.

lado de um mercado de dois lados com efeitos de rede indiretos.³³ Esses precedentes ilustram os efeitos distintos do *multihoming*, a depender do mercado digital envolvido, corroborando o fato de que a análise sobre essa característica merece cuidado.

1.1.6 | **DINAMICIDADE**

Todos os elementos descritos *supra* podem ser considerados características relevantes identificadas em diversos mercados digitais. Em alguma medida, cada uma delas contribui para a dinamicidade desses mercados.

A velocidade e a continuidade do avanço tecnológico desempenham um papel importante no contexto dos mercados digitais. Por consequência, processos de inovação ganham espaço tanto na criação de novos produtos e serviços (podendo resultar inclusive na criação de novos mercados) quanto no acréscimo de novos recursos e funções em produtos e serviços já existentes.³⁴

Como descrito nos tópicos anteriores, plataformas digitais alcançam efeitos de rede e economias de escala significativas. Em razão disso, mercados digitais, muitas vezes, possuem estruturas que propiciam o estabelecimento de agentes econômicos no modelo *winner-takes-all* (ou *winner-takes-most*) e o fenômeno de *market tipping*.

Mercados com essas características ensejam algumas questões: Como garantir a competição pelo e nos mercados? Como um entrante pode desafiar a posição dominante do incumbente? Para respondê-las, dois novos conceitos têm ganhado espaço nas discussões sobre mercados digitais: (i) a competição *pelo* mercado e (ii) a competição *no* mercado (interplataforma e intraplataforma).

³³ OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU: merger control: key features and implications. *CPI Chronicle*, April 2018.

³⁴ Para maiores detalhes sobre a diferença entre inovação disruptiva e inovação incremental, *vide*: CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. What is disruptive innovation? *Harvard Business Review*, 2015. Disponível em: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Acesso em: 26 mar. 2019.

Em mercados de *winner-takes-all*, faz sentido entender que a competição ocorre pelo mercado, i.e., pela conquista de uma posição relevante no mercado. No estudo *Competition policy for the digital era*, elaborado no âmbito da Comissão Europeia, discute-se que, nesses mercados, um potencial rival ou entrante só conseguirá fazer frente a uma empresa já estabelecida de forma efetiva quando for capaz de atrair um volume significativo de usuários e, dessa forma, gerar seus próprios efeitos de rede, conquistando todo ou grande parte do mercado.

Por sua vez, com relação à competição *no* mercado, tem-se, hoje, a competição interplataformas e, também, a competição intraplataforma. No primeiro caso (competição interplataformas), plataformas que atuam horizontalmente no mesmo nível do mercado competem entre si para atrair o maior número de usuários. Um exemplo seria a competição entre a Amazon e o Mercado Livre, dois *marketplaces* que competem pelos usuários dos dois lados da plataforma (vendedores e compradores).

O segundo caso (competição intraplataforma) trata de competição dentro das próprias plataformas. Nesse caso, caberá às grandes plataformas a função de “regular” os mercados que elas próprias criam, impondo regras aos entrantes que desejam participar delas, definindo, assim, o *market design* e, conseqüentemente, a competição no mercado. Exemplo de como as plataformas podem atuar como “reguladores” do mercado está no caso de plataformas que atuam como *marketplaces*, comercializando ao mesmo tempo serviços e produtos próprios e de terceiros. Novamente, a Amazon pode ser utilizada como exemplo dessa dinâmica, pois, ao permitir que terceiros se utilizem de sua plataforma de vendas, ela cria um ecossistema de competição pelos usuários/compradores dentro de sua própria plataforma.³⁵

³⁵ A competição intraplataforma, especialmente em *marketplaces*, tem sido alvo de intenso escrutínio de autoridades da concorrência e também objeto de intenso estudo de acadêmicos. A preocupação está no fato de os controladores das plataformas adotarem políticas que favoreçam seus produtos em detrimento dos produtos anunciados por terceiros na mesma plataforma. Sobre o assunto, cf. RYAN, J. K., SUN, D.; ZHAO, X. Competition and coordination in online marketplaces. *Production and Operations Management*, v. 21, n. 6, 2012.

Além disso, os processos de inovação e a disrupção intensos em mercados digitais, conforme mencionado *supra*, desafiam a metodologia tradicionalmente utilizada para a definição de mercado relevante. A criação de novos mercados e a introdução de incrementos relevantes em mercados já estabelecidos evidenciam a dinamicidade inerente aos modelos de negócios digitais e dificultam a delimitação de fronteiras estáticas na definição de um mercado relevante fechado.³⁶

Da mesma forma, a dinamicidade dos mercados digitais pode impactar a velocidade do crescimento das empresas, a frequência das entradas e a duração dos ciclos de inovação.³⁷ Consequentemente, as participações de mercado tendem a ser voláteis nesses mercados. Em razão disso, o retrato estático da participação de mercado de uma determinada empresa pode não refletir o poder de mercado por ela detido.

Os desafios trazidos pela dinamicidade de mercados digitais a ferramentas tradicionais do direito antitruste como a definição de mercado relevante e a análise das participações de mercado são alguns exemplos das inúmeras questões concorrenciais que serão discutidas ao longo desta obra. O conceito de dinamicidade, assim como os demais abordados nos tópicos *supra*, terão um papel importante na compreensão de cada uma dessas questões.

CONCLUSÃO

Este breve capítulo introdutório teve como objetivo situar o leitor no debate proposto por esta obra. Os conceitos aqui apresentados são abordados nos diversos capítulos que seguem, justamente porque permeiam todo o debate sobre direito da concorrência e plataformas digitais.

Como se percebe, há uma efervescência de novos termos que são paulatinamente incorporados ao léxico não somente do direito antitruste, mas

³⁶ NYESO, Anita; CAPOBIANCO, Antonio. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, p. 19-27, jan. 2018.

³⁷ OECD. *The digital economy*. 2012. p. 5. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

também de todos os envolvidos no debate sobre plataformas digitais. Assim, considerando que suas exatas definições ainda não estão estabelecidas, os sentidos aqui propostos refletem a intenção desta obra: o mapeamento do debate sobre a relação entre direito da concorrência e plataformas digitais.

REFERÊNCIAS

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. What is disruptive innovation? *Harvard Business Review*, 2015. Disponível em: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Acesso em: 26 mar. 2019.

COUTINHO, Diogo; KIRA, Beatriz. Vinho novo em garrafas velhas. *Jota*, 2 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-02072018>. Acesso em: 2 maio 2020.

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: 2 maio 2020.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 623, 2012.

KATZ, Michael L.; SCHAPIRO, Carl. Network externalities, competition and compatibility. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3, 1985.

MASSIMILIANO, Kadar. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015.

MCSWEENEY, Terrell; O'DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term prices effects in merger analysis. *CPI Antitrust Chronicle*, February 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeney-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

NYESO, Anita; CAPOBIANCO, Antonio. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, jan. 2018.

OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU: merger control: key features and implications. *CPI Chronicle*, April 2018.

OECD. *The digital economy*. 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

OECD. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>. Acesso em: 2 maio 2020.

OECD. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006.

RYAN, J. K., SUN, D.; ZHAO, X. Competition and coordination in online marketplaces. *Production and Operations Management*, v. 21, n. 6, 2012.

THINK TANK INTERNET. Working paper – market power of platforms and networks. *Bundeskartellamt*, June 2016.

2. PLATAFORMAS DIGITAIS E A SUPERAÇÃO DO ANTITRUSTE TRADICIONAL: MAPEAMENTO DO DEBATE ATUAL¹

Bruno Bastos Becker
Marcela Mattiuzzo

INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar, sem exagero, que a internet revolucionou a forma como as pessoas consomem bens e serviços e os mercados se organizam. Essa revolução técnica, que coloca a internet no patamar de *general-purpose technology* (GPT),² impactou a sociedade como um todo, os mercados já estabelecidos,

- 1 Os autores agradecem a Anna Binotto, Luís Bernardo Cascão, Marcos Ueda, Rafael Szmid, Stephanie Penreiro, Vivian Terng e aos participantes do Grupo de Estudos Direito da Concorrência em Plataformas Digitais, em especial a Caio Mário da Silva Pereira Neto e a Bruno Renzetti, pelos comentários extremamente construtivos recebidos em uma versão preliminar deste artigo. Todos os erros são nossos.
- 2 A literatura econômica já reconhece a internet como uma “tecnologia de aplicação geral” (ou *general-purpose technology* [GPT]). De acordo com Jovanovic e Rousseau, “o termo tecnologia de aplicação geral, ou GPT, teve grande uso nos recentes estudos do papel da tecnologia no crescimento econômico e é normalmente utilizado para descrever alterações que transformam tanto a vida doméstica quanto a forma como empresas conduzem seus negócios. Vapor, eletricidade, combustão interna e tecnologia da informação (TI) são usualmente classificados como GPT por essa razão. Eles afetam toda a economia” (tradução livre). No original: “the term ‘general-purpose technology’, or GPT, has seen extensive use in recent treatments of the role of technology in economic growth, and is usually reserved for changes that transform both household life and the ways in which firms conduct business. Steam, electricity, internal combustion, and information technology (IT) are often classified as GPTs for this reason. They affected the whole economy” (JOVANOVIC, Boyan; ROUSSEAU, Peter L. General-purpose technologies (Chapter 18). In: AGHION, Philippe; DURLAUF, Steven N. (ed.). *Handbook of Economic Growth*, v. 1, Part B, p. 1184. Disponível em: <http://www.nyu.edu/econ/user/jovanovi/JovRousseau-GPT.pdf>). Clarke, Qiang e Xu evidenciaram empiricamente que a internet proporcionou

além de ter criado novas oportunidades e nichos de mercado. As plataformas digitais – a segunda onda desse processo de digitalização da economia³ – aprofundaram ainda mais essa transformação revolucionária.

Muito embora não se trate de um fenômeno novo,⁴ uma vez que já existiam em menor escala e relevância na economia desde o surgimento dos primeiros sistemas operacionais (e.g., Microsoft Windows), as plataformas digitais impactaram profundamente a organização econômica nos últimos anos. Novas tecnologias impulsionaram o crescimento de plataformas de modo exponencial, num processo de *turbocharging*.⁵ Por meio da união entre informação e tecnologia para seu devido processamento, as plataformas digitais facilitaram a compreensão das preferências dos consumidores,⁶ o que,

maior produtividade, que ela beneficiou tanto empresas intensivas em tecnologias quanto aquelas menos avançadas, empresas de todos os tamanhos, sendo que as pequenas são aquelas que mais se beneficiaram (CLARKE, George R. G.; QIANG, Christine Zhenwei; XU, Lixin Colin. The internet as a general-purpose technology: firm-level evidence from around the world. *World Bank Policy Research Working Paper*, n. 7192, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2895402>. Acesso em: 3 maio 2020).

- 3 “A digitalização da economia parece ter vindo em ondas. Na primeira onda, a internet nos permitiu comprar diretamente cópias digitais e produtos e serviços físicos em lojas *on-line*, ao invés de físicas. A segunda onda é o aparecimento de plataformas *on-line*, que unem, pesquisam, revisam e conjugam usuários com um conjunto de produtos e vendedores” (tradução livre). No original: “Digitalisation of the economy has, it seems, arrived in waves. In the first wave, the internet allowed us to buy directly digital copies and physical products and services from online stores, rather than physical ones. The second wave has seen the appearance of online platforms, which assemble, search, review and match users with sets of products and sellers” (OECD. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. p. 3. Disponível em: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm. Acesso em: 3 maio 2020).
- 4 OECD. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. p. 3. Disponível em: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm. Acesso em: 3 maio 2020.
- 5 EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Press Review, 2016. p. 39 e ss.
- 6 CALO, Ryan. Digital market manipulation. *The George Washington Law Review*, Washington, v. 82, n. 4, p. 1003-1004, 2014.

por sua vez, possibilita o constante desenvolvimento de novas ferramentas, a contínua melhoria do ambiente virtual e o estímulo ao consumo.⁷

Todas essas inovações tecnológicas⁸ modificaram substancialmente as dinâmicas de mercado. A título exemplificativo, o maior volume de informações unido ao seu rápido processamento permitiu às plataformas digitais direcionarem a publicidade diretamente para um público-alvo selecionado, de forma extremamente mais eficiente. Além da publicidade, a existência de melhores informações sobre os padrões de consumo também viabilizou a definição de preços e condições comerciais distintas (i.e., discriminação) em nível de perfil de clientes e, até mesmo, individual. Tais inovações alteraram as dinâmicas de diversos mercados, possibilitando a oferta em menores escalas e, conseqüentemente, facilitando a entrada de novos agentes econômicos.

Essa dinâmica também impôs variados desafios a diversas áreas, inclusive à análise do direito da concorrência.⁹ A título meramente ilustrativo, e utilizando a tradicional classificação do direito da concorrência entre controle de estruturas, repressão a condutas coordenadas e repressão ao abuso de posição dominante, pode-se listar alguns desses desafios: (i) práticas comerciais antes não existentes produzem efeitos competitivos desconhecidos e/ou ambíguos; (ii) o acesso a informações e o uso de algoritmos permitiram preços mais dinâmicos, desafiando paradigmas de condutas coordenadas; e (iii) a disrupção tecnológica de pequenas empresas e a maior velocidade nos ciclos tecnológicos levaram a questionamentos sobre a metodologia mais adequada para a análise de atos de concentração no âmbito do controle de estruturas.

⁷ CALO, Ryan. Digital market manipulation. *The George Washington Law Review*, Washington, v. 82, n. 4, 2014, p. 1004.

⁸ Segundo Evans e Schmalensee, seis inovações tecnológicas “turbinaram” (*turbocharged*) as plataformas digitais: (i) processadores mais poderosos, (ii) internet, (iii) a *world wide web*, (iv) comunicação em banda larga, (v) linguagem de programação e sistemas operacionais e (vi) a “nuvem” (EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Press Review, 2016. p. 39-45).

⁹ Ainda que haja diferenças entre os sistemas jurídicos e a abrangência do direito da concorrência no mundo, para fins desta análise, os termos “direito da concorrência”, “direito concorrencial” e “direito antitruste” serão aqui utilizados como sinônimos.

Em decorrência disso, fala-se em uma possível *superação* do antitruste.¹⁰ Não há no meio acadêmico, no entanto, unanimidade sobre o que seria a tal superação: qual o objetivo do antitruste e quais ajustes seriam necessários para moldar a teoria antitruste atual à nova realidade de mercado. Dentro do debate, há um espectro multidimensional que envolve discussões sobre o nível de intervenção e sobre o ferramental econômico a ser utilizado. Para além das discussões tratadas, a sociedade civil e autoridades concorrenciais no Brasil e no exterior também vêm aprofundando os estudos sobre o tema, com o objetivo de entender melhor como regular as atividades das plataformas digitais por meio do antitruste.¹¹

Este capítulo tem como ponto de partida o diagnóstico inicial de que há intensa discussão sobre o tema, geralmente a respeito dos objetivos e das ferramentas do antitruste, mas pouca clareza sobre o que de fato é o objeto de discórdia entre os vários autores, quais deles caminham no mesmo sentido e quais em caminhos antagônicos. Assim, sem a pretensão de propor uma análise exaustiva, busca-se trazer ao leitor um levantamento inicial sobre o debate hoje travado em relação ao que seria o *antitruste tradicional* e também como se daria sua eventual superação e/ou transformação. Trata-se de uma tentativa de sistematização e de análise das correntes teóricas atualmente em discussão.

Para cumprir esse objetivo, este capítulo está dividido em duas partes. A primeira parte é voltada a mapear o debate acadêmico hoje existente sobre a eventual superação dos instrumentos econômicos e da política antitruste considerada tradicional. Procuraremos fazê-lo desenhando um espectro técnico-ideológico dentro do qual essa discussão se coloca, tanto sob a perspectiva do grau de intervencionismo como do ferramental

¹⁰ Vide, por exemplo, COYLE, Diane. Digital platforms force a rethink in competition theory. *Financial Times*, ago. 2017. Disponível em: <https://www.ft.com/content/9dc80408-81e1-11e7-94e2-c5b903247afd>. Acesso em: 3 maio 2020.

¹¹ Vide, por exemplo, OECD. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. Disponível em: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm. Acesso em: 3 maio 2020. Valem menção também os estudos do Stigler Center da Universidade de São Paulo, do Reino Unido, da Comissão Europeia e da Austrália.

econômico a ser utilizado. Nesse cenário, apresentamos posições consideradas mais intervencionistas, como a dos neoestruturalistas,¹² até aquelas consideradas menos intervencionistas, como a da escola de Chicago, e trazendo exemplos (não exaustivos) de autores e textos de destaque na literatura, esclarecendo em que local do espectro tais ideias estariam localizadas.¹³ Em posições intermediárias, apresentamos três correntes alternativas: (i) ideias de pensadores pós-Chicago,¹⁴ (ii) adeptos da corrente de

- 12** Para os fins deste capítulo, entendemos que os neoestruturalistas e os chamados neobrandesianos encontram-se todos nessa mesma categoria. Isso porque em ambos os casos o entendimento desses autores sobre o grau de intervenção na economia e também sobre a teoria econômica que sustenta tal posição é semelhante. Vale mencionar, porém, que são movimentos que se configuraram por motivos diferentes, em momentos distintos. O estruturalismo se apresentou com mais força num período em que a teoria econômica não havia sido desenvolvida de forma a permitir um antitruste baseado no bem-estar do consumidor. O neobrandesianismo, por outro lado, surge depois desse desenvolvimento, em grande medida sugerindo uma volta às origens do antitruste.
- 13** Deve-se notar que a escolha das correntes de pensamento deste trabalho não é exaustiva, muito embora se tenha buscado apresentar aquelas correntes mais relevantes para o debate atual. Por exemplo, Atkinson e Audretsch, em estudo semelhante, mas sem foco em tecnologia e plataformas digitais, apresentam comparação de quatro correntes de pensamento econômico: “four dominant economic doctrines influencing positions on antitrust: conservative neoclassical economics and in the context of antitrust, its analogue the Chicago school; liberal neoclassical economics and the post-Chicago school; liberal neo-Keynesian economics and the populist school of antitrust; and innovation economics and the ‘innovation school’” (ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. Economic doctrines and approaches to antitrust. *The Information Technology & Innovation Foundation*, 2011. Disponível em: <http://www.itif.org/files/2011-antitrust.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020).
- 14** A utilização do termo “pós-Chicago” neste trabalho destina-se exclusivamente à sistematização das ideias envolvendo o tema, ou seja, a superação do antitruste a partir das plataformas digitais. Assim, este capítulo não se vincula a grupos de pensadores previamente definidos como tal, até porque já em 1985, antes da internet e das plataformas digitais, Hovenkamp havia definido um grupo como de pensadores “pós-chicaguianos”. *Vide*: HOVENKAMP, Herbert. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, 1985, p. 214. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1396788>. Acesso em: 3 maio 2020; e, mais recentemente, HOVENKAMP, Herbert. Post-Chicago antitrust: a review and critique. *Columbia Business Law Review*, n. 2, p. 257-336, 2001.

economia comportamental e (iii) os neoschumpeterianos. Tais classificações não são estanques, e evidentemente pode haver alguma sobreposição. Assim, por exemplo, é possível identificar pensadores pós-Chicago que fazem incursões relevantes no âmbito da economia comportamental. De qualquer forma, a taxonomia proposta ajuda a organizar o espectro de ideias no debate.

Na segunda parte do capítulo, faremos uma breve análise sobre a relevância dessa discussão no contexto brasileiro e seus possíveis impactos para a política antitruste nacional. Nesse intuito, abordamos o papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e da comunidade antitruste do país no debate, em vista das características econômicas particulares do Brasil e dos instrumentos dispostos na legislação concorrencial pátria. O objetivo é fazer uma análise sobre a direção em que a comunidade acadêmica e a autoridade antitruste caminham no momento e onde ela se insere no espectro multidimensional previamente apresentado.

Considerando o objetivo deste capítulo, é importante pontuar suas limitações em relação à metodologia e à abrangência. Mencionamos aqui três principais limitações. Primeiro, a análise apresentada não pretende ser exaustiva no que se refere às alterações na dinâmica econômica, aos trabalhos publicados e aos autores mencionados. Trata-se, ao contrário, de um esforço holístico de estruturação metodológica dos principais textos e autores. Segundo, a análise ora apresentada está restrita pelo caráter temporal, sob risco de novas tecnologias alterarem de forma ainda mais profunda as dinâmicas de mercado e, igualmente, novas teorias surgirem. Terceiro, o trabalho não pretende advogar por nenhuma das correntes, mas apresentá-las ao leitor da forma mais imparcial possível.

2.1 | **MAPEAMENTO DA DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA ECONOMIA DIGITAL**

O objetivo inicial desta seção é esclarecer e situar o leitor no que diz respeito às discussões recentes no campo antitruste relacionadas à economia digital, mais propriamente aquelas que de alguma forma se relacionam aos chamados objetivos da defesa da concorrência (ou *goals of antitrust*). Vale

ressaltar que a maturação da economia digital fez ressurgir – de forma ligeiramente distinta daquela que se apresentava antes – um debate sobre quais devem ser os objetivos perseguidos pelo antitruste.¹⁵ No entanto, nenhuma das correntes de pensamento a seguir apresentadas surgiu unicamente em decorrência do desenvolvimento da economia digital, seja pela primeira onda da internet, seja pela segunda onda das plataformas digitais. Nesse contexto, retornaram à cena debates sobre as escolas estruturalista e de Chicago, os fundamentos que embasam cada uma delas, bem como propostas alternativas/intermediárias a ambas.

Buscaremos, de forma simplificada, desenhar o espectro de posições que hoje se apresentam na literatura sobre a política de defesa da concorrência, para permitir ao leitor compreender quais são os pontos de discordância dos diversos autores e quais os pontos de convergência. Tentaremos também indicar caminhos de aprofundamento do debate, para que seja possível aos interessados compreender de forma mais completa a questão.

A literatura sobre o tema da superação do antitruste tradicional desenvolve suas críticas com base em duas principais linhas de argumentação: (i) o grau de intervenção na economia pelas autoridades concorrenciais e (ii) o ferramental econômico tradicionalmente utilizado para fundamentar suas análises e decisões. Nesse cenário, é possível desenhar um espectro de posições doutrinárias que buscam fornecer respostas sobre quais deveriam ser os objetivos da política de defesa da concorrência. É importante esclarecer que esse debate sobre objetivos é aqui considerado uma premissa para as duas linhas argumentativas que avaliaremos. A depender de qual se entende ser o objetivo que a política de defesa da concorrência deve perseguir (e.g., bem-estar total, bem-estar do consumidor, preservação do processo competitivo, preservação da diversidade na esfera pública, etc.), sustentar-se-á um grau maior ou menor de intervenção, e da mesma forma far-se-ão considerações sobre o ferramental econômico cabível.

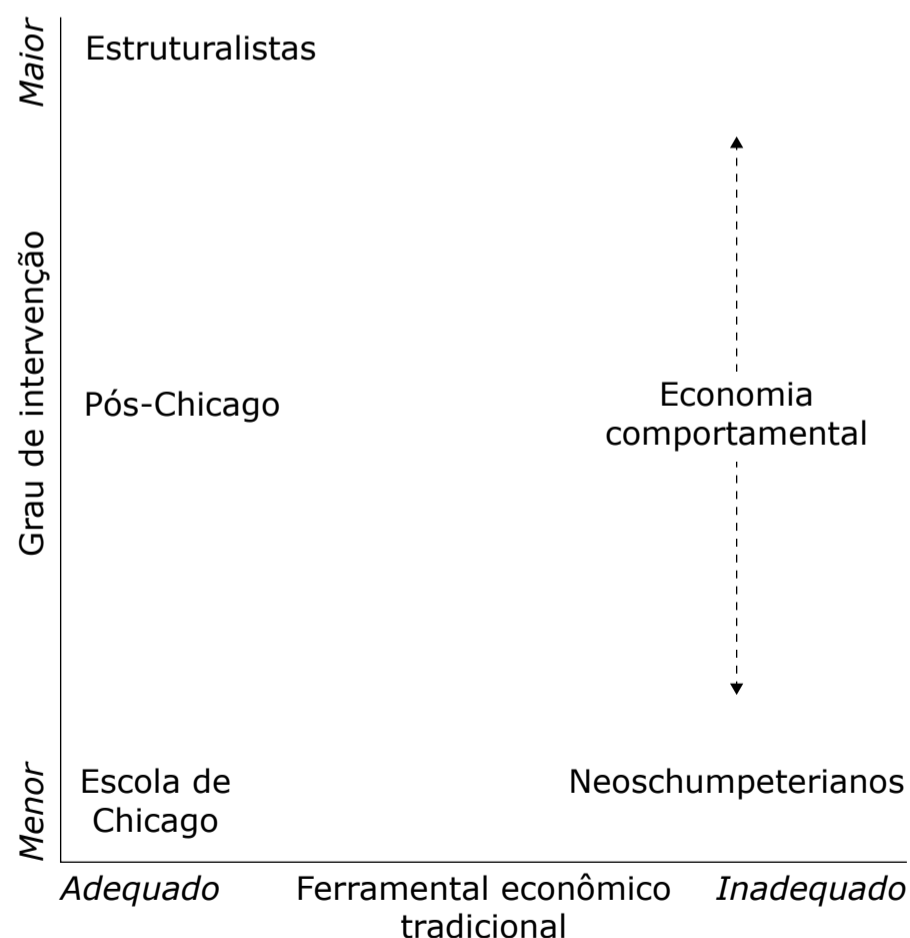
¹⁵ Buscaremos ao longo do texto apresentar rapidamente algumas das razões pelas quais esse movimento se deu via economia digital.

Para ilustrar essa questão de forma mais concreta, numa comparação entre autores tradicionais da escola de Chicago e neoestruturalistas, é possível dizer que a premissa de pensamento dos dois grupos sobre os objetivos do antitruste é diversa. Se a escola de Chicago sustenta que o fundamental é perseguir o bem-estar do consumidor, os neoestruturalistas argumentarão que objetivos outros como o processo competitivo são o ponto focal. A forma de concretizar tais pensamentos distintos são as variáveis anteriormente expostas: grau de intervenção na economia – menor para Chicago e maior para os neoestruturalistas – e ferramental econômico – teoria econômica neoclássica para Chicago e fundamentos de economia política para os neoestruturalistas.

Para fins metodológicos, apresentamos a seguir um gráfico com dois eixos, tendo como base as duas principais linhas de argumentação e situando os grupos teóricos que serão a seguir desenvolvidos.

GRÁFICO 1

ESPECTRO DOUTRINÁRIO SOBRE A SUPERAÇÃO DO ANTITRUSTE



Fonte: Elaboração própria.

2.1.1.1 | ESCOLA DE CHICAGO

O extremo menos intervencionista do espectro é representado por aqueles autores que defendem a posição tradicional ou liberal/libertária, por vezes identificada como escola de Chicago. Em outras palavras, são autores segundo os quais a política de defesa da concorrência, enquanto política residual e que atua pontualmente no mercado, quando provocada, deve utilizar o ferramental econômico de forma conservadora. Ou seja, deve compreender que a teoria econômica já demonstrou (e continua demonstrando) que a concorrência perfeita clássica – em que o objetivo maior é preservar um mercado pulverizado, com grande número de ofertantes, que competem primordialmente por preços – simplesmente não corresponde à realidade. Segundo essa visão, haveria boas razões econômicas para crer que concentrações econômicas e restrições verticais são justificáveis, pois garantem eficiências que não poderiam ser alcançadas de outra forma, que por sua vez auxiliam no desenvolvimento econômico.

Nas palavras de Richard Posner,

Uma conclusão de grande relevância para a política antitruste se coloca: as empresas não podem, em geral, obter ou aumentar seu poder de monopólio por meio de ações unilaterais – a menos, é claro, que desejem irracionalmente trocar lucro por posição de mercado. Consequentemente, o foco das leis antitruste não deve ser as condutas unilaterais; elas devem ao contrário centrar-se em (1) cartéis e (2) operações horizontais grandes o suficiente seja para criar monopólios de forma direta, como em casos clássicos de *trusts*, seja para facilitar a cartelização ao drasticamente reduzir o número de agentes no mercado. Já que as condutas unilaterais, como defino o termo, foram o mecanismo de ponta da política antitruste por muitos anos, colocá-las além do alcance do antitruste, como Director e seus seguidores aparentemente pretendiam, significaria uma redução feroz do escopo da política antitruste (tradução livre).¹⁶

16 No original: “A conclusion of great significance for antitrust policy emerges: firms cannot in general obtain or enhance monopoly power by unilateral action – unless, of course,

O principal autor que se engajou na formulação dessa posição, nos anos 1970, foi Richard Bork.¹⁷ Em seu livro, *The antitrust paradox*,¹⁸ ele faz uma dura crítica à forma como o antitruste era então abordado e entendido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, denominando a abordagem de paradoxal,¹⁹ pois, se de um lado havia *enforcement* vigoroso, de outro a forma como a aplicação da lei se dava acabava por não proteger a concorrência e a eficiência dos mercados, mas sim concorrentes ineficientes. O resultado, dessa forma, era o aumento de preços e a perda de eficiências econômicas. Assim, a principal conclusão de Bork é que o real objetivo do antitruste deveria ser a perseguição do bem-estar econômico, a fim de assegurar a proteção efetiva da concorrência.²⁰ Essa visão foi extremamente influente desde então, tendo a Suprema Corte

they are irrationally willing to trade profits for position. Consequently, the focus of the antitrust laws should not be on unilateral action; it should instead be on: (1) cartels and (2) horizontal mergers large enough either to create monopoly directly, as in the classic trust cases, or to facilitate cartelization by drastically reducing the number of significant sellers in the market. Since unilateral action, as I have defined the term, had been the cutting edge of antitrust policy for a great many years, to place it beyond the reach of antitrust law, as Director and his followers seemed to want to do, implied a breathtaking contraction in the scope of antitrust policy” (POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, 1979, p. 929. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review. Acesso em: 3 maio 2020).

- 17** No entanto, não é o único nem o primeiro. Aaron Director é geralmente apontado como o primeiro estudioso do assunto.
- 18** BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The Free Press, 1993. 479 p.
- 19** Na visão de Calixto Salomão Filho, esse conflito seria apenas aparente, pois, se um dos fundamentos do bem-estar do consumidor é sua liberdade de escolha, não há como considerar uma regra aplicada explicitamente com o objetivo de proteger a competição como “ineficiente”. Assim, ele parece buscar uma possível compatibilização entre a defesa do consumidor e da eficiência, considerando o paradoxo analisado por Bork como algo apenas aparente e criticando essa visão do antitruste.
- 20** BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The Free Press, 1993. p. 405.

alterado radicalmente seus posicionamentos – começando pelo caso *Continental Television, Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* em 1977 – e o restante do mundo adotado, em grande medida, a análise econômica decorrente dessa posição.

Ainda que as ideias de Bork já tenham quarenta anos (a primeira edição do seu livro é de 1978), a ilustração para o debate atual se faz necessária, uma vez que fundamentalmente baseado nessas ideias. Como já afirmado anteriormente, o debate sobre eventual superação das teorias tradicionais ocorre há algumas décadas – especialmente entre estruturalistas e a escola de Chicago. Atualmente, as alterações nas dinâmicas concorrenciais em decorrência das plataformas digitais só reavivaram e intensificaram o debate, trazendo novos elementos, inclusive de teoria econômica (como a economia comportamental).

Um outro ponto ainda que merece ser destacado é aquele ressaltado por Easterbrook ao discutir as limitações do antitruste do ponto de vista da tomada de decisões. Segundo ele, o pensamento de Chicago leva a uma consequência relevante: é sempre preferível que os tomadores de decisão incorram em *under-* do que em *over-enforcement*. Isso porque, enquanto os custos de uma conduta erroneamente condenada são altos, os custos de uma conduta não penalizada são sempre menores.²¹

Trazendo o debate para os dias atuais, existem hoje diversos outros estudos que, ao discutir o antitruste no contexto da economia digital, sustentam visões semelhantes, traduzidas em menor intervencionismo nas plataformas digitais, que, muitas vezes, tornam-se monopolistas naquele segmento em que atuam. Isso se aplica tanto à análise de condutas unilaterais (que pode se tornar mais abrangente) quanto ao controle de concentrações (que pode se tornar mais rígido em vista dos padrões tradicionais).

²¹ Em suas palavras: “Other things equal, we should prefer the error of tolerating questionable conduct, which imposes losses over a part of the range of output, to the error of condemning beneficial conduct, which imposes losses over the whole range of output” (EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984, p. 16).

Joshua Wright é um exemplo de adepto da escola de Chicago. O autor, que já foi comissário da Federal Trade Commission (FTC), é um dos que se filiam ao pensamento de Bork, aplicando-o a casos da economia digital. A visão aqui é a de que as empresas da economia digital que assumiram posições dominantes o fizeram por mérito, na forma mais tradicional e mais benéfica possível à concorrência: por meio da inovação.²² E, como se sabe, a mera existência de posição dominante não é um problema para a política de defesa da concorrência, ela apenas o é na medida em que há abuso. Em “Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google”,²³ escrito em parceria com Geoffrey Manne, Wright preconiza uma abordagem cautelosa pelas autoridades, que leve em conta evidências empíricas e a dinamicidade do mercado, e defende que a chance de estarmos diante de um falso positivo (ou seja, uma situação em que de fato não há risco à concorrência) quando olhamos para o caso Google é elevada.

Cabe aqui outra observação mais geral sobre o pensamento dessa escola. Quando falamos nos estudos de Bork, é importante ressaltar que a premissa do autor a respeito de *consumer welfare* é geralmente descrita como uma premissa de bem-estar geral e não propriamente de bem-estar do consumidor. Isso porque Bork considerava o bem-estar do consumidor como a soma do excedente do consumidor e do produtor. Nas palavras de Hovenkamp, esse tipo de pensamento

permite alegações de eficiência mesmo quando a prática sob análise leva a preços mais elevados e a danos ao consumidor. [...] essa ideia é construída sob a firme crença de que variadas práticas produzem eco-

22 MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Innovation and the limits of antitrust. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 1, p. 176, 2010.

23 MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1577556>. Acesso em: 3 maio 2020.

nomias ou outras eficiências, sejam elas comprováveis ou não, assim como considerável grau de dúvida de que um amplo “menu” de condutas poderia causar efetivo dano à concorrência (tradução livre).²⁴

Como o próprio Hovenkamp ressalta, porém, autores da escola de Chicago em geral não defendem essa visão, mas um entendimento de bem-estar do consumidor como um princípio redistributivo, na medida em que de fato favorece os consumidores:

Usando o bem-estar total como base, o princípio do bem-estar do consumidor redistribui uma certa quantidade de riqueza, retirando dos produtores e dando para os consumidores, [...] Neste caso, o princípio do bem-estar do consumidor se relaciona, estritamente, com maior produção (tradução livre).²⁵

Vale ressaltar que esses autores em nenhum momento afirmam que empresas dominantes não são capazes de levar a cabo condutas abusivas, mas sustentam entendimento menos expansivo sobre no que consistiria tal abuso. No mesmo sentido, restrições verticais, como cláusulas de exclusividade, tendem a ser analisadas de maneira menos severa. Imaginemos uma plataforma de *e-commerce* que exija de seus anunciantes exclusividade e determine que não ofereçam preços mais baixos aos consumidores em qualquer outro mecanismo *on-line*. Se de um lado é possível argumentar que há uma restrição à concorrência, já que os anunciantes não

²⁴ No original: “Using total welfare as a baseline, the consumer welfare principle redistributes a certain amount of wealth away from producers and toward consumers, [...] In this case, the consumer welfare principle correlates strictly with higher output” (HOVENKAMP, Herbert J. Is antitrust’s consumer welfare principle imperiled? *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1985, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985. Acesso em: 3 maio 2020).

²⁵ HOVENKAMP, Herbert J. Is antitrust’s consumer welfare principle imperiled? *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1985, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985. Acesso em: 3 maio 2020.

poderão oferecer preços mais baixos a outras plataformas ou mesmo oferecê-los de forma direta em seus próprios *websites*, de outro o argumento é que essa plataforma criou um mecanismo tão eficiente que a restrição se justifica, afinal os anunciantes sequer conseguiriam atingir o número de consumidores que de fato atingem se a plataforma não existisse – caso contrário os anunciantes se beneficiariam de um efeito carona. Esse é meramente um exemplo estilizado que busca ilustrar o tipo de discussão que costuma se apresentar.²⁶

Geoffrey Manne, citado *supra*, também é um dos autores mais ativos dessa corrente menos intervencionista. Fundador e presidente do International Center for Law & Economics (ICLE), é um dos autores que mais ferrenhamente defende os paradigmas de Chicago – por vezes, inclusive, até de forma irônica:

A privacidade tem pouca ou nenhuma relevância racional para o antitruste. A “privacidade” é relevante para o antitruste e para a economia de maneira geral por uma razão banal de que um meme tornou-se popular dizendo – em grande medida em função de comentários feitos por aqueles que defendem essa visão, como Peter Swire e Pamela Jones Harbour (como na sua manifestação no caso Google/DoubleClick) – que a privacidade é relevante para o antitruste (tradução livre).²⁷

²⁶ Esta obra conta com um capítulo inteiramente dedicado a uma discussão sobre cláusulas MFN, que em muito se assemelha ao exemplo aqui trazido.

²⁷ No original: “Privacy has little or no rational relevance for antitrust policy. ‘Privacy’ is relevant to antitrust law and economics at all for little reason other than that a meme caught on – largely a function of comments made by policy advocates and policymakers like Peter Swire and Pamela Jones Harbour (including her statement in the GoogleDoubleClick merger) – that privacy is antitrust relevant” (MANNE, Geoffrey A.; SPERRY, R. Ben. The law and economics of data and privacy in antitrust analysis. *George Mason Law Review’s Symposium on Privacy Regulation and Antitrust*. 2014. p. 1. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2017/09/le-data-privacy-antitrust.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020).

No trabalho citado *supra*, Manne contra-argumenta diversas teorias sobre o porquê da necessidade de proteção antitruste a dados e à privacidade, teorias estas relacionadas a (i) direitos humanos, (ii) concentração de poder econômico indevido, (iii) facilitação/exploração de discriminação de preços, (iv) fechamento ao acesso de dados, (v) privacidade como competição sem preço e (vi) ceticismo (i.e., contrários à inclusão da matéria na análise antitruste). Em resumo, afirma que, “para a característica de um produto ser relevante para a análise concorrencial, a própria característica precisa ser relevante – e precisa ser logicamente afetada pelo monopólio de forma que possa prejudicar os consumidores”.²⁸

Na perspectiva de análise de inovação, Nicolas Petit faz uma crítica à análise de concentrações europeia e de decisões com base na teoria de *entrave significativo à concorrência efetiva por inovação* (*significant impediment to effective innovation competition* [SIEIC]). Em resumo, o autor critica essa visão mais intervencionista sobre inovação: “de forma geral, deveríamos pensar duas vezes sobre a tentadora ideia pragmática de que é melhor ‘estar mais ou menos certo que precisamente errado’ em termos de políticas voltadas ao controle de estruturas”.²⁹ Já no que se refere às condutas unilaterais, Thibault Schrepel defende a ausência de condutas unilaterais *per se*³⁰ e a adoção de políticas específicas para questões de predação tecnológica.³¹

²⁸ MANNE, Geoffrey A.; SPERRY, R. Ben. The law and economics of data and privacy in antitrust analysis. *George Mason Law Review’s Symposium on Privacy Regulation and Antitrust*. 2014. p. 1. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2017/09/le-data-privacy-antitrust.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020.

²⁹ PETIT, Nicolas. Innovation competition, unilateral effects and merger control policy. *ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program*, White Paper n. 3, 2018. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/06/ICLE-Petit-Innovation-Competition-Merger-Control-Policy-ICLE-2018.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020. No original: “more generally, we should think twice about the tempting pragmatic idea that it is better ‘to be roughly right than exactly wrong’ in merger policy”.

³⁰ “For more than thirty years, a new doctrinal trend has been developing that advocates for per se legality, particularly for all high-tech-market-related practices. Focusing on the New Economy, this Article demonstrates why both per se illegality and per se legality are

Por fim, no que toca ao caráter público ou privado das plataformas, essa corrente diverge igualmente da escola estruturalista, entendendo pelo caráter privado das plataformas. Isso fica evidente quando se analisam os posicionamentos apresentados *supra*. Considerando que plataformas poderiam (sob outras perspectivas mais intervencionistas) ser vistas dessa perspectiva pública pela característica informacional, a rejeição da escola de Chicago em considerar dados e privacidade como elementos essenciais ao antitruste tem como consequência a igual rejeição ao caráter geral público das plataformas. Esse caráter público é defendido pela escola neoestruturalista a seguir apresentada.

2.1.2 | ESCOLA NEOESTRUTURALISTA

O extremo mais intervencionista do espectro, por vezes chamado pejorativamente de *hipster* antitruste,³² é ocupado por autores que questionam a própria noção de atuação residual da defesa da concorrência. Aqui, fazendo

not appropriate doctrines to apply in high-tech markets. Moreover, this Article explains how and under what circumstances monopolizations related to innovation should be judged under a more tailored and structured rule of reason” (SCHREPEL, Thibault. A new structured rule of reason approach for high-tech markets. *Suffolk University Law Review*, v. 50, n. 1, p. 105, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2908838>. Acesso em: 3 maio 2020).

31 “This absence of a legal category specifically dedicated to anti-competitive practices disguised as ‘innovation’ leads judges to create numerous type I and II errors. The jurisprudence didn’t yet generalize the etiquette of ‘predatory innovation’, which nevertheless answers some of the modern problems encountered by antitrust law with high-tech markets development” (SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 19, jul. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2997586>. Acesso em: 3 maio 2020).

32 E também por vezes de *neo-brandeisian*, em alusão a Louis Brandeis, um dos principais autores que defendiam a posição de que a diminuição de preços é, na verdade, inimiga do antitruste: BRANDEIS, Louis Dembitz. Cutthroat prices: the competition that kills. *Harper’s Weekly*, 15 nov. 1913. p. 10-12. Disponível em: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/business-a-profession-chapter-15>. Acesso em: 3 maio 2020.

um aceno à escola estruturalista,³³ e em muitos casos indo além dela,³⁴ o pensamento que se coloca é de que a defesa da concorrência deve ser mais que uma política meramente reativa e, portanto, precisa atuar ainda que não provocada. Mais que isso, os autores também acreditam que justificar concentrações de mercado e condutas comerciais restritivas por meio de um discurso de eficiências e bem-estar do consumidor é pouco crível. Segundo essa vertente, há sim valor na busca por uma estrutura de mercado pulverizada, e o antitruste deveria voltar às suas raízes para perseguir esse objetivo, focando menos as eficiências e mais o processo competitivo.³⁵

Uma entidade que congrega pensadores com esse tipo de visão nos Estados Unidos é o Open Markets Institute.³⁶ Um dos textos de maior des-

33 Também conhecida como escola de Harvard.

34 Relevante esclarecer os motivos pelos quais entendemos que a corrente neobrandeisiana por vezes extrapola os pensamentos da própria escola estruturalista. Como ressalta Richard Posner em seus estudos, a oposição entre escolas de Harvard (berço do estruturalismo) e Chicago se dava em grande parte devido à evolução das análises econômicas, e mais propriamente da teoria da organização industrial. Portanto, o paradigma que levou à alteração em termos de prevalência de aceitação pelas autoridades antitruste, fazendo com que Chicago se tornasse dominante, foi em boa medida um desenvolvimento teórico-metodológico (POSNER, Richard. *The Chicago school of antitrust analysis. University of Pennsylvania Law Review*, n. 127, p. 925-948, 1979). O neobrandeisianismo se articula enquanto movimento de retorno às origens e de uso de ferramental utilizado pela escola de Harvard nas decisões antitruste atuais. Porém, como temporalmente esse movimento é posterior a Chicago, seus autores todos têm conhecimento do desenvolvimento de organização industrial promovido por essa corrente. Ainda assim, entendem que focar menos no pressuposto de bem-estar do consumidor advindo da teoria econômica neoclássica e mais em conceitos como o processo competitivo, consequentemente permitindo uma intervenção mais direta e fundamentada em problemas de estrutura de mercado, é uma solução não só viável como necessária.

35 WU, Tim. After consumer welfare, now what? The “protection of competition” standard in practice. *CPI Antitrust Chronicle*, April 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/04/CPI-Wu.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

36 Originalmente, a iniciativa *Open Markets* era um projeto dentro da organização *New America*, mas, depois de desentendimentos internos, estruturou-se como entidade independente. As razões para o desentendimento costumam variar a depender de quem relata

taque sobre antitruste no ano de 2017 foi redigido por uma autora do instituto e que se filia a essa corrente de pensamento, Lina Khan.³⁷ No artigo “Amazon’s antitrust paradox”, ela defende, dentre outras coisas, que o antitruste não deve estar focado somente em interesses do consumidor, além de alegar que o antitruste deve perseguir não o bem-estar econômico e sim a competitividade dos mercados:

Mais importante, o foco indevido no bem-estar do consumidor gera desorientação. Trai a história legislativa, que revela que o Congresso aprovou leis antitruste para promover uma série de ideias político-econômicas – incluindo nossos interesses enquanto trabalhadores, produtores, empreendedores e cidadãos. Também, de forma incorreta, substitui uma preocupação sobre procedimento e estrutura (i.e., se o poder está suficientemente distribuído para manter os mercados competitivos) por um cálculo preocupado com resultado (i.e., se os consumidores estão materialmente em situação melhor que a anterior) (tradução livre).³⁸

o fato. A notícia que se consolidou é a de que Barry Lynn, um dos pesquisadores responsáveis pelo projeto Open Markets, depois de postar congratulando a Comissão Europeia pela condenação do Google no caso Shopping, teria sido repreendido, já que a New America foi fundada e teve como patrocinador durante anos o membro do conselho de administração da Alphabet, Eric Schmidt. Segue matéria do *The New York Times* a respeito: VOGEL, Kenneth P. Google critic ousted from think tank funded by tech giant. *The New York Times*, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/08/30/us/politics/eric-schmidt-google-new-america.html>. Acesso em: 3 maio 2020.

³⁷ KHAN, L. The New Brandeis Movement: America’s antimonopoly debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, p. 131-132, 1 March 2018.

³⁸ KHAN, Lina M. Amazon’s antitrust paradox. *Yale Law Journal*, v. 126, p. 710, 2016. No original: “But more importantly, the undue focus on consumer welfare is misguided. It betrays legislative history, which reveals that Congress passed antitrust laws to promote a host of political economic ends – including our interests as workers, producers, entrepreneurs, and citizens. It also mistakenly supplants a concern about process and structure (i.e., whether power is sufficiently distributed to keep markets competitive) with a calculation regarding outcome (i.e., whether consumers are materially better off)”.

Adicionalmente, essa corrente advoga por um caráter público das plataformas enquanto infraestrutura essencial à economia, tendo como consequência sua regulação como tal, incluindo a imposição de não discriminação e outras medidas mais intervencionistas.³⁹

Aqui, cabe uma digressão um tanto quanto detalhada, dada sua pertinência para a correta compreensão do debate. O advento de um número cada vez mais expressivo de empresas da economia digital e a importância que várias dessas empresas adquiriram na última década fizeram surgir um debate acirrado sobre formas de controle de tais plataformas. Sem meias palavras, publicações como *The Economist* dizem que há um “medo justificado de que os titãs da tecnologia usem seu poder para proteger e expandir sua dominância, à custa dos consumidores”.⁴⁰ Assim, atribui-se uma tarefa hercúlea a legisladores e gestores públicos: controlá-los, sem, no entanto, conter a inovação que eles proporcionam. Esse movimento que clama por maior controle atua com força sob o antitruste. A defesa da concorrência é vista como uma ferramenta essencial a ser manejada para que se atinja esse objetivo. É preciso, no entanto, ressaltar alguns aspectos que ajudam a compreender por que, ao menos para algumas das tarefas que se pretende levar a cabo, uma visão tradicional do antitruste não permite a autoridades de defesa da concorrência cumprir com êxito o desafio.⁴¹

³⁹ “As a result, the company [Amazon] has positioned itself at the center of Internet commerce and serves as essential infrastructure for a host of other businesses that now depend on it” (KHAN, Lina M. Amazon’s antitrust paradox. *Yale Law Journal*, v. 126, 2016, p. 803).

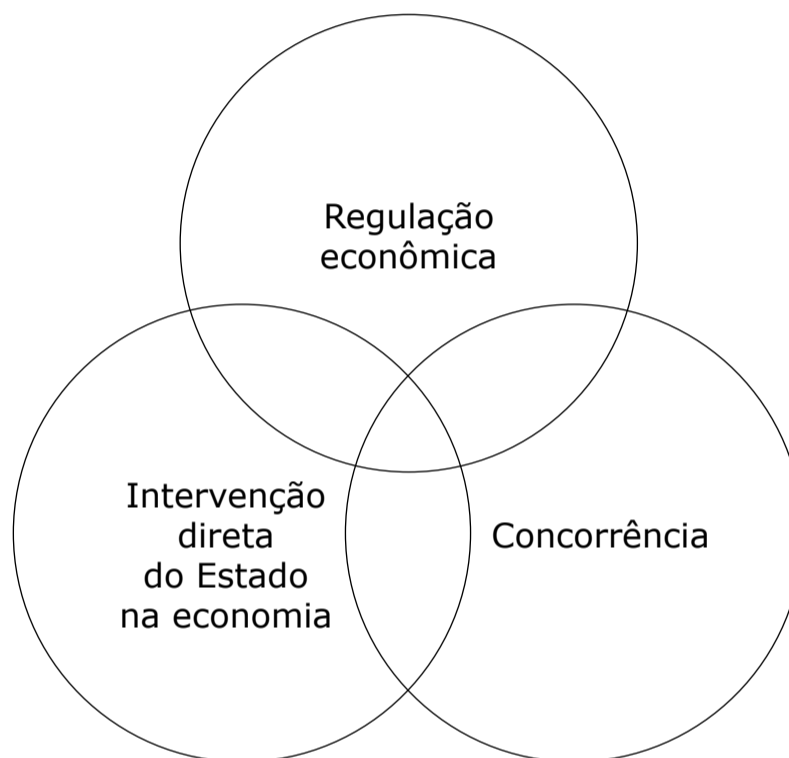
⁴⁰ How to tame tech giants. *The Economist*, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>. Acesso em: 3 maio 2020.

⁴¹ A Constituição Federal do Brasil (art. 170) dispõe que a livre concorrência (inc. IV) é um princípio da ordem econômica (ordem essa fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa), ao lado de uma série de outros princípios, como a função social da propriedade (inc. III), a defesa do consumidor (inc. V), a busca do pleno emprego (inc. VIII) e, inclusive, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

Comumente, é estabelecida uma diferença entre os variados ferramentais que o Estado tem a seu dispor para influir na economia. Em regra, falamos em três tipos básicos de ferramenta: a regulação, a defesa da concorrência e a intervenção direta na economia (via empresas estatais).⁴²

FIGURA 1

FERRAMENTAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA



Fonte: Elaboração própria.

(inc. IX). Ao seu turno, a legislação antitruste (Lei n. 12.529/2011) tem como objetivo 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”. Ou seja, no Brasil, é um desafio falar de um objetivo único da defesa da concorrência, já que a própria legislação concorrencial elenca outros objetivos que devem ser tutelados, considerados e sopesados.

- ⁴² Uma análise mais profunda, na realidade, falaria em poder compensatório, utilizando as ideias de Galbraith, para quem a intervenção direta é apenas uma forma de compensação. Para fins de simplificação do debate, no entanto, adotamos aqui uma terminologia menos robusta, mas que nos parece suficiente para nosso propósito.

Ainda que existam zonas de intersecção entre algumas dessas ferramentas, o que fica claro quando se fala na distinção entre regulação e concorrência é que, enquanto a regulação tem atuação *ex ante* e serve para estruturar um setor, a defesa da concorrência tem atuação *ex post*, operando não sobre um setor específico, mas transversalmente em qualquer mercado, de forma específica, sobre agentes econômicos determinados, de acordo com a conduta em concreto daqueles agentes.

A outra diferença fundamental para a teoria hoje dominante é a de que, enquanto a regulação econômica tem o papel de olhar para diversos fatores de um determinado setor – e não só a competitividade –, a concorrência tem uma função mais restritiva, voltada especificamente à análise de eficiências e bem-estar do consumidor, conforme ficará mais claro nos parágrafos que seguem. Em outras palavras, a regulação não está preocupada apenas em saber se aquela estrutura de mercado é a que gera maior competitividade entre os *players*; ela pode (e deve) estar preocupada também com diversos outros aspectos, por exemplo, a universalização de um determinado serviço, a diversidade de bens e serviços, a acessibilidade dos bens e serviços a camadas menos favorecidas da população, etc.⁴³

É nesse contexto que a afirmação de Lina Khan é particularmente relevante. Quando nos diz que há soluções para o alegado problema do caso Amazon que passam pela esfera concorrencial e outras que passam pela esfera regulatória, a autora abre um flanco de questionamento a ser explorado pela teoria tradicional do antitruste. É dizer, em regra, o que esses autores alegarão é que boa parte do que ela considera como problemas que precisam ser abordados e solucionados via antitruste, especialmente aquilo que diz respeito a estruturas de mercado, deve, na realidade, ser abordada via regulação, pois são temas não estritamente relacionados à eficiência econômica e ao bem-estar do consumidor.⁴⁴ Há, inclusive, um

⁴³ Os neoestruturalistas, por outro lado, entendem que essa divisão de objetivos entre regulação e concorrência não se sustenta e que o antitruste, muitas vezes, deveria adotar para si a perseguição de alguns desses objetivos tipicamente regulatórios.

⁴⁴ Nas palavras de Hovenkamp, “market structure is relevant to antitrust policy, but its importance is contingent rather than absolute – that is, market structure is a concern when it

importante debate a respeito do controle democrático para determinados tipos de intervenção na economia, e um dos aspectos levantados pela teoria antitruste tradicional é que sequer haveria legitimidade para que a autoridade de defesa da concorrência fosse responsável por algumas dessas medidas. Esse, acreditamos, é um ponto que merece atenção e que vai um pouco além do debate que pretendemos aqui delinear, mas que permeia toda a discussão.

Um exemplo concreto desse debate é a discussão sobre *fake news* e sua possível abordagem pela defesa da concorrência. A *Competition Policy International*, publicação especializada em antitruste, lançou em 2017 um exemplar inteiramente dedicado a estudar se o tema de *fake news* deveria ser, de alguma forma, explorado pela defesa da concorrência. A autora que se colocava favoravelmente a essa abordagem era Sally Hubbard. Segundo ela, a abordagem se justificaria porque plataformas como Google e Facebook competem com agências de notícias tradicionais,⁴⁵ ocupam posição dominante e, diferentemente das agências tradicionais, seu único interesse – que maximiza seus resultados – é manter os usuários pelo máximo tempo possível em sua rede. Assim, existiria um incentivo de tais plataformas em priorizar conteúdo geralmente identificado como *fake news*, pois esse tipo de produto é mais rentável (tanto porque tem um alcance maior – notícias fraudulentas tendem a ser mais atraentes para o leitor – quanto porque as

facilitates reduced output or innovation or leads to higher prices” (HOVENKAMP, Herbert J. Is antitrust’s consumer welfare principle imperiled? *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1985, 2019, p. 1. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985. Acesso em: 3 maio 2020).

- 45 “While on the one hand acting as gatekeepers for the flow of information worldwide, Facebook and Google on the other hand compete against legitimate news companies for user attention, user data and ad dollars. Google and Facebook both have incentives to keep users within their digital walls, engaging with content on the Facebook platform or on Google search pages, web properties and apps, rather than on news publishers’ properties” (HUBBARD, Sally. Fake news is a real antitrust problem. *Antitrust Chronicle*, p. 3-4, December 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Hubbard.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018).

pessoas que as produzem e disseminam tendem a gastar quantias relevantes com o chamado impulsionamento).

Como outros autores do volume esclarecem, porém, o problema das *fake news* deriva de dois fatores. O primeiro deles é o fato de que garantir maiores níveis de competitividade nesse segmento de mídia nem sempre significa oferecer os melhores resultados em termos de qualidade.⁴⁶ Ou seja, o consumidor certamente tem mais opções quando há uma permissão total e irrestrita de disseminação de todo e qualquer tipo de conteúdo – o que, do ponto de vista competitivo, é o resultado que se quer atingir –, mas é possível que essas opções sejam de proveniência ou qualidade duvidosas, ou ainda que elas gerem uma padronização de conteúdo e não diversidade.

O segundo fator ataca a caracterização do mercado feita por Hubbard. Nem Facebook, nem Google seriam plataformas produtoras de conteúdo, como ocorre com as agências de notícias e os grandes grupos de mídia, e sim distribuidoras de conteúdo.⁴⁷ Assim, fazer uma aproximação desse cenário com aquele observado pela Comissão no caso Google Shopping, como pretende a autora, não faz sentido, pois não há como falar em alavancagem.

Aqui, a questão regulatória novamente ganha espaço. O caminho a que todos os autores do volume – com exceção de Hubbard – parecem apontar é que, de fato, temos um problema, mas esse problema não será bem abordado pelo antitruste: ele precisa ser atacado por outras políticas, especialmente regulatórias, voltadas, por exemplo, a garantir a liberdade de expressão. Esse é expressamente o ponto levantado por Hurwitz, quando o autor afirma que, na realidade, é possível que a defesa da concorrência não seja o melhor

⁴⁶ HURWITZ, Gus. Fake news's not-so-real antitrust problem: content remains king. *Antitrust Chronicle*, December 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Hurwitz.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

⁴⁷ YUN, John M.; SACHER, Seth B. Fake news is not an antitrust problem. *Antitrust Chronicle*, December 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Sacher-Yun.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

caminho para garantir conteúdo de qualidade e livre manifestação de todo tipo de ideia – e, portanto, soluções regulatórias seriam bem-vindas.⁴⁸

Portanto, quando comparada com a escola de Chicago, percebe-se que essa corrente neoestruturalista diverge diametralmente daquela ao advogar por uma estrutura de mercado pulverizada como algo inerentemente relevante e, especialmente no caso das plataformas, por um caráter público delas.

2.1.3 | VISÃO INTERMEDIÁRIA I: PÓS-CHICAGO TRADICIONAL

Dentro do espectro de posições apresentado no início desta segunda parte, entre os extremos da escola de Chicago e os neoestruturalistas, há uma gama de visões intermediárias. Apresentam-se aqui três grupos que, embora distintos em suas metodologias de análise, têm em comum o fato de aceitarem a premissa de que o bem-estar do consumidor é de fato o objetivo central que deve ser perseguido pela defesa da concorrência: a escola pós-Chicago, os neoschumpeterianos e os adeptos da economia comportamental.

As diferenças entre os autores desse espectro se dão na medida em que um primeiro grupo (pós-Chicago tradicional) entende que o ferramental econômico tradicional é adequado para levar a cabo a análise antitruste, mas possui visões muito menos restritivas sobre condutas unilaterais e restrições verticais, por conta da já mencionada divergência em relação ao bem-estar do consumidor. Trata-se, portanto, de uma discordância em relação aos *efeitos* das condutas empresariais. No geral, esse grupo acredita que o antitruste não deve deixar de ser uma política reativa e residual, mas vê potencial para solução de problemas anticompetitivos ainda dentro desse contexto.

⁴⁸ Lógica similar se aplica ao mercado de meios de comunicação no Brasil: existe na Constituição (art. 220, § 5º) uma previsão expressa afirmando que os meios de comunicação brasileiros não poderão, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. Claramente, essa não é uma solução concorrencial tradicional, pelo contrário, é uma proibição *ex ante*, positivada na Constituição, que não implica qualquer análise de eficiências e visa principalmente atingir um objetivo outro que não a eficiência do mercado: a pluralidade de ideias.

Um exemplo nesse sentido são os professores que participaram da conferência ocorrida em 2017 na American University, *Unlocking the Promise of Antitrust Enforcement*. Herbert Hovenkamp, Fiona Scott Morton, Carl Shapiro, Howard Shelanski, entre outros, são alguns dos que acreditam que o ferramental apresentado por Chicago ainda permite atingir os objetivos do antitruste, e o que falta é o manuseio mais cauteloso e sensato de tais ferramentas. Voltando ao já mencionado caso de cláusulas de nação mais favorecida, temos exemplo concreto dessa corrente de pensamento no artigo “Antitrust enforcement against platform MFNs”,⁴⁹ fruto desse encontro. No artigo, Scott Morton e Baker defendem que o *enforcement* de regras antitruste a esse tipo de comportamento pode auxiliar na proteção da concorrência e dos mercados, na medida em que cláusulas MFN podem levar à elevação de preços e podem também desencorajar novas entradas no mercado.

Além da escola pós-Chicago, há outros dois grupos de autores que diferem de Chicago em mais um sentido. Mais do que adotarem uma análise de efeitos das condutas empresariais diferente daquela empregada pelo pensamento tradicional, como faz a corrente pós-Chicago, entendem também que o ferramental de análise econômica hoje utilizado pelo antitruste encontra-se de alguma forma defasado, pois deixa de levar em consideração diversas variáveis importantes para uma correta verificação dos efeitos de determinadas práticas comerciais. Esses autores, portanto, propõem a inserção de mecanismos de análise diversos pelas autoridades de defesa da concorrência. Exemplos de escolas que advogam por tais mudanças são a economia comportamental e a escola neoschumpeteriana.⁵⁰

⁴⁹ BAKER, Jonathan; SCOTT MORTON, Fiona. Antitrust enforcement against platform MFNs. *The Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, maio 2018. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/feature/antitrust-enforcement-against-platform-mfns>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁵⁰ Vale ressaltar que esses dois grupos (aparentemente) concordam que o bem-estar do consumidor é o fiel da balança da análise antitruste, que a defesa da concorrência é uma

2.1.4 | VISÃO INTERMEDIÁRIA II: ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A economia comportamental (*behavioral economics*) não é exatamente decorrente da onda tecnológica da internet e das plataformas digitais. Ela surgiu na literatura econômica no final da década de 1970 com o trabalho de Kahneman e Tversky sobre a *prospect theory*.⁵¹ No âmbito do antitruste, há dez anos, Stucke afirmou que, apesar de a economia comportamental ser a área mais efervescente na academia jurídica, não havia muitos estudos nessa área específica.⁵² Essa situação mudou nos últimos anos, à medida que sua relevância e desenvolvimento foram impulsionados por fatores associados às ondas tecnológicas da internet e das plataformas digitais. À tecnologia deve-se ainda somar o maior fluxo de informações de consumo por ela capturado.

Atualmente, há diversos estudos sobre a intersecção entre antitruste e economia comportamental, em todos os âmbitos de análise (controle de atos de concentração,⁵³ condutas coordenadas⁵⁴ e abuso de posição dominante⁵⁵) – a ponto de ser chamado de antitruste comportamental (*behavioral antitrust*).⁵⁶

política reativa e residual, que as autoridades devem atuar somente quando provocadas, etc. O ponto focal que pretendem debater é a forma de mensuração dos efeitos de práticas comerciais.

⁵¹ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979.

⁵² STUCKE, Maurice. Behavioral economists at the gate: antitrust in the twenty-first century. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 38, n. 3, p. 513-592, 2007.

⁵³ STUCKE, Maurice. Behavioral economists at the gate: antitrust in the twenty-first century. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 38, n. 3, p. 513-592, 2007. Vide também TATE, Matt. Behavioral economics: an insight into antitrust. *Law & Psychology Review*, v. 37, p. 249-270, 2013.

⁵⁴ Vide, e.g., STUCKE, Maurice. How can competition agencies use behavioral economics. *The Antitrust Bulletin*, v. 59, n. 4, p. 695-742, 2014.

⁵⁵ Vide, e.g., STUCKE, Maurice. Behavioral antitrust and monopolization. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 8, n. 3, p. 545-574, 2012.

⁵⁶ Vide, e.g., ARNAUDO, Luca. The quest for behavioural antitrust: beyond the label battle, towards a cognitive approach. *DQ*, p. 77-79, 2013.

Adeptos da economia comportamental sustentam que há limites àquilo que na economia tradicional chamamos de racionalidade dos indivíduos. A microeconomia tradicional – desde Adam Smith e David Ricardo – estaria baseada na assunção de que agentes econômicos são plenamente racionais, autointeressados e com livre-arbítrio:⁵⁷

[...] As teorias econômicas neoclássicas definem “comportamento racional” como aquele levado a cabo por pessoas que “acumulam uma quantidade ótima de informação” e “maximizam sua utilidade tendo em vista um conjunto de preferências estável”. Em resumo, as teorias assumem a existência de atores racionais com vontade própria perseguindo seu interesse próprio (tradução livre).⁵⁸

Com base em pesquisas empíricas, economistas e psicólogos identificaram três principais grupos de presunções que se distanciam do conceito tradicional de tomada de decisão dos indivíduos. Assim, a economia comportamental está dividida em três áreas de limitação cognitiva, um espelho das presunções da teoria econômica neoclássica: racionalidade limitada, livre-arbítrio limitado e autointeresse limitado. A racionalidade limitada está relacionada aos erros de julgamento e conclusões em decorrência do que é esperado da teoria de utilidade.⁵⁹ Livre-arbítrio limitado, por sua vez, envolve a falta de paciência de pessoas e suas “más” decisões (e.g., gastar ao invés de guardar, sobremesa ao invés de salada, Netflix ao invés de

⁵⁷ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Behavioral Law & Economics*, v. 14, 2000.

⁵⁸ STUCKE, Maurice. Money, is that what I want: competition policy and the role of behavioral economics. *Santa Clara Law Review*, v. 50, 2010, p. 983. No original: “The policy-makers’ neoclassical economic theories define ‘rational behavior’ as that conducted by people who ‘accumulate an optimum amount of information’ and ‘maximize their utility from a stable set of preferences. In short, their theories assume rational actors with will-power pursuing their self-interest”.

⁵⁹ JOLLS, Christine. *Behavioral economics and the law*. Boston: Now Publishers, 2011. p. 11.

academia).⁶⁰ Por fim, o autointeresse limitado se relaciona aos objetivos individuais e à honestidade das pessoas.

A aplicação da economia comportamental no antitruste pode ter diversos efeitos, sem uma clara orientação sobre os objetivos ou o grau de intervencionismo ideal. Nesse sentido, o ferramental econômico apresentado pela economia comportamental pode ser útil tanto para a identificação de razões para efeitos econômicos (análise positiva) quanto para o delineamento de remédios adotados por autoridades (análise normativa). Inclusive, a economia comportamental pode ser utilizada no antitruste para a análise da efetividade da atividade das autoridades concorrenciais, como analisaram Cooper e Kovacic.⁶¹

Dentro da atividade finalística do antitruste, como mencionado, há autores que advogam pelo uso de instrumentos não impositivos (i.e., *nudge*),⁶² como uma forma de liberalismo paternalista (e, portanto, menos intervencionista). Nesse caso, a economia comportamental, ao oferecer *nudges* para remédios antitruste, estaria contribuindo para o desenvolvimento de novas ferramentas menos intervencionistas. Sob outra perspectiva, a economia comportamental também oferece instrumentos para a eventual ampliação do escopo de supervisão antitruste, ao afirmar que pode haver condutas anticoncorrenciais unilaterais sem posição dominante, mas por meio de práticas comportamentais (e, assim, mais intervencionistas).

⁶⁰ JOLLS, Christine. *Behavioral economics and the law*. Boston: Now Publishers, 2011. p. 18.

⁶¹ Segundo os quais o viés *status quo* mantém reguladores relutantes em alterar o *status quo* e tenderá a tornar suas decisões aderentes a decisões políticas iniciais, criando uma dependência pelo caminho prévio (i.e., *path dependency*) em escolhas de política pública. Ou seja, políticas adotadas no passado teriam um impacto na adoção de políticas futuras (COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral economics and its meaning for antitrust agency decision making. *Journal of Law, Economics and Policy*, Fairfax, v. 8, p. 779-787, 2012).

⁶² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven; London: Yale University Press, 2008.

De acordo com Stucke, a presunção do antitruste de perfeita racionalidade e mercados autoajustáveis possui suas origens na escola de Chicago,⁶³ muito embora outras escolas como Harvard (pré-Chicago) e pensadores pós-Chicago não tenham se oposto frontalmente a essa visão.⁶⁴ Consequentemente, a presunção de racionalidade perfeita dos consumidores pode levar a uma forma de cegueira das autoridades de um espectro de comportamentos cobertos pela economia comportamental,⁶⁵ e a uma falha em compreender peculiaridades em mercados específicos e entre agentes específicos.⁶⁶

2.1.5 | VISÃO INTERMEDIÁRIA III: NEOSCHUMPETERIANOS

Os neoschumpeterianos, por sua vez, são aqueles que defendem que a análise antitruste não confere peso suficiente à eficiência dinâmica dos mercados. Não se trata propriamente de ignorar que essa dimensão exista, mas sim de empregar uma análise demasiado simplista sobre suas

⁶³ STUCKE, Maurice. Money, is that what I want: competition policy and the role of behavioral economics. *Santa Clara Law Review*, v. 50, 2010, p. 989.

⁶⁴ “This led to a legal doctrine built around the belief that humans behave rationally, and in the limited cases in which irrationality occurs, the self-correcting force of the market will counteract the irrational behavior. Even opposing schools of thought, such as Post-Chicago and Harvard, posit the assumption of rationality in antitrust law” (TATE, Matt. Behavioral economics: an insight into antitrust. *Law & Psychology Review*, v. 37, 2013, p. 254).

⁶⁵ “Thus a governmental policy that assumes self-interested citizens is misguided. It ignores how moral, ethical, and social norms hinder undesirable conduct and promote desirable behavior-at times more effectively than financial incentives and penalties” (STUCKE, Maurice. Money, is that what I want: competition policy and the role of behavioral economics. *Santa Clara Law Review*, v. 50, 2010, p. 977).

⁶⁶ “Competition policy’s greatest failing has been its failure to understand better how competition works in particular markets in particular communities at particular time periods and the interplay among private institutions, government institutions, and informal social, ethical, and moral norms” (STUCKE, Maurice. Money, is that what I want: competition policy and the role of behavioral economics. *Santa Clara Law Review*, v. 50, 2010, p. 978).

consequências – em geral, e por conta da complexidade de uma análise dinâmica, entendem que esse ponto é deixado de lado e não explorado suficientemente pela literatura e pela jurisprudência. O argumento aqui é que, não obstante a dificuldade em levar a cabo esse tipo de debate, as discussões sobre eficiências dinâmicas, especialmente em mercados intensivos em inovação, são absolutamente essenciais.

A escola é chamada de neoschumpeteriana porque se baseia nos estudos de Joseph Schumpeter⁶⁷ a respeito da dinâmica dos mercados. Segundo ele, o paradigma competitivo dominante pós-Segunda Revolução Industrial seria o de monopólios temporários, por conta da estrutura *winner-takes-it-all* de competição: os agentes econômicos não disputam *no* mercado, mas sim *pelo* mercado – uma vez que desenvolvem uma inovação relevante, conseguem monopolizar temporariamente aquele segmento.⁶⁸ Serão, no entanto, naturalmente superados por outros *players*, que desenvolverão novas ferramentas mais robustas, e assim passarão a ser dominantes.⁶⁹ Schumpeter, evidentemente, não tinha em mente a economia digital quando desenvolveu sua tese, mas é fácil perceber que ela tem aderência à dinâmica que parece hoje se impor na economia.

Os neoschumpeterianos sustentam que uma aplicação do antitruste que levasse tais fatores em consideração daria mais relevância à competição dinâmica que à competição estática, e assim conferiria a devida relevância para a inovação e seus efeitos nos mercados. Algumas das consequências desse tipo de pensamento são a significativa diminuição da relevância da definição de mercado relevante na análise antitruste – afinal, o agente

⁶⁷ Joseph Schumpeter foi um economista austríaco, um dos que primeiro se preocuparam em estudar os impactos do desenvolvimento tecnológico para o sistema capitalista.

⁶⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 112.

⁶⁹ É evidente que o argumento de Schumpeter é muito mais desenvolvido e complexo que o aqui apresentado, mas entendemos que essa é uma caracterização suficiente para o mapeamento que se pretende aqui empreender. Para aprofundamento sobre o assunto, ver SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. 488 p.

econômico inovador contesta a configuração do mercado ao criar novos bens e serviços – e, como dito, o aumento do papel de análises sobre a inovação. Sidak e Teece colocam a questão de forma bastante clara:

Colocado de forma breve, a política de defesa da concorrência baseada em análise econômica estática vê o seu objetivo como a minimização do triângulo de Harberger (peso morto) em relação à situação de monopólio. Uma nova política de defesa da concorrência, reconhecendo o poder especial da competição dinâmica, avançaria em compreender a disponibilidade de novos produtos e a cocriação de novos mercados que permitem à demanda latente (e assim novos padrões de excedente do consumidor associados com novas curvas de demanda) ser efetivada pelos consumidores. Também reconheceria a redução de custos decorrente da inovação como indicador de possíveis ganhos de bem-estar futuro do consumidor. Em outras palavras, o foco de uma política de defesa da concorrência revisada e de uma orientação diversa para fusões e aquisições continuaria sendo em grande medida o consumidor, mas seria orientada para o futuro e reconheceria que certas práticas comerciais podem levar à criação de mercados (ou ao menos à cocriação) que geraria novas curvas de demanda com grandes ganhos em excedentes do consumidor (já que a demanda por novos produtos poderia ser satisfeita) (tradução livre).⁷⁰

⁷⁰ SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 5, n. 4, 2009, p. 600. Disponível em: <https://www.criterioneconomics.com/docs/dynamic-comp1.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020. No original: “Put succinctly, competition policy rooted in static economic analysis sees the policy goal as minimizing the Harberger (deadweight loss) triangles from monopoly. A new competition policy, recognizing the special power of dynamic competition, would advance the availability of new products and the co-creation of new markets that allows latent demand (and hence new amounts of consumer surplus associated with new demand curves) to be realized by consumers. It would also recognize cost savings flowing from innovation as an indicator of likely future consumer welfare gains. Put differently, the focus of a revised competition policy and merger-guideline framework would still very

No que se refere ao grau de intervencionismo, a própria natureza do argumento dos mercados dinâmicos leva, tendencialmente, à conclusão a respeito da desnecessidade de intervenções severas. Na medida em que os mercados são dinâmicos e a superposição de monopólios é natural, quaisquer alterações serão equilibradas ou ajustadas no decorrer do tempo. Nesse sentido, por exemplo, plataformas digitais que se tornem dominantes serão futuramente superadas por novas plataformas ou outras estruturas.

É relevante ressaltar, no entanto, que autores dessa corrente de pensamento estariam potencialmente mais preocupados com condutas que viessem a tolher a inovação e as chances de surgimento de novos monopolistas. Assim, é possível que tivessem uma abordagem menos permissiva em relação, por exemplo, a fusões e aquisições de *startups*, e potencialmente poderiam aliar-se a posturas como a adotada recentemente na Alemanha, que exige a notificação de atos de concentração não apenas levando em conta critérios de faturamento das empresas envolvidas na operação, mas também critérios de valor da operação.⁷¹

2.2 | O DEBATE NO CONTEXTO BRASILEIRO

A pergunta que permanece, especialmente tendo em vista os objetivos desta obra, diz respeito ao significado desse debate para o Brasil e para a defesa da concorrência em âmbito nacional. Acreditamos que no Brasil, assim como em boa parte das jurisdições ao redor do mundo,⁷² ainda estamos às

much be on the consumer, but it would be future-oriented and would recognize that certain business practices might lead to market creation (or at least co-creation) that would yield new demand curves with large gains in consumer surplus (because demand for new products could be satisfied)”.

⁷¹ OSBORNE CLARKE. New merger control thresholds in Germany and Austria based on transaction value. *Insights*, 15 jun. 2017. Disponível em: <http://www.osborneclarke.com/insights/new-merger-control-thresholds-in-germany-and-austria-based-on-transaction-value/>. Acesso em: 3 maio 2020.

⁷² Sobre a situação na União Europeia, por exemplo, Kadar afirma que “It appears that the Commission’s enforcement action in digital markets to date has been balanced.

voltas com o tema, tentando definir em que direção caminhar – ainda que hoje, sem dúvida, o padrão vigente nas decisões da autoridade antitruste seja mais próximo do cenário que classificamos *supra* como intermediário no espectro do grau de intervenção, acreditando que os instrumentos econômicos ainda podem ser adequados às análises.

Com o advento da economia digital e os questionamentos por ela trazidos, a discussão da possível superação do antitruste tradicional nos permite visualizar a formação de algumas correntes de pensamento. Aquela que está mais próxima do que identificamos como o extremo mais intervencionista no mapeamento ideológico *supra* parece ser encabeçada por autores como Calixto Salomão Filho, como ilustraremos a seguir.

A visão do professor há tempos é a de que o direito da concorrência enquanto política pública deve ser mais central na agenda brasileira, e o antitruste precisa ocupar um papel mais orientador e menos reativo. Texto de opinião de sua autoria demonstra com bastante clareza esse posicionamento:

O direito sucumbe mais e mais aos desígnios econômicos e suas versões teóricas mais simplistas. As pressões dos interesses econômicos transformam o país em um verdadeiro paraíso de Bork.

[...]

O resultado de 30 anos de aplicação dessa política minimalista nos EUA, diga-se de passagem, é uma economia crescentemente dominada pelos monopólios e com crescente concentração de renda.

É o que vem fazendo o Brasil. Já há algum tempo combatem-se os cartéis, mas o resto não merece tanta atenção. De um lado aprovam-se

The Commission has clearly not intervened excessively in digital markets. On the other hand, as the Microsoft cases and the ongoing e-commerce sector inquiry and investigations into Google’s and Amazon’s conduct show, the Commission has intervened and continues to examine conduct in digital markets when it finds it justified on the basis of all the circumstances of the individual cases” (KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, n. 4, 2015, p. 10. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 3 maio 2020).

concentrações em setores de infraestrutura que marcarão o país negativamente por décadas e se desconsideram condutas que podem levar à dominação de notícias e informações em redes sociais.

[...]

Deixam-se de lado exatamente as reformas estruturais (regulação de monopólios, alienação de controle de empresas privadas oligopolistas que abusam de seu poder e corrompem), que poderiam garantir verdadeira transformação.⁷³

Atores da sociedade civil também parecem encaminhar o debate nessa direção. Instituições como o Intervozes⁷⁴ têm feito movimentos nesse sentido. A entidade publicou o estudo *Monopólios digitais*, cujo objetivo é analisar a diversidade e a concentração em mercados que denominam de “camada de aplicações e conteúdos do Brasil”.⁷⁵ O Intervozes conclui seu estudo apresentando duas práticas anticompetitivas que considera serem implementadas por agentes desse mercado no território nacional: (i) a derubada do alcance orgânico de *posts* e (ii) a priorização de serviços próprios nos resultados de busca. Em relação à primeira, afirma que:

No início de 2018, o Facebook promoveu nova alteração em seu News Feed, reduzindo o alcance das publicações de páginas. Entre estas, as páginas de veículos tradicionais de mídia. [...] O Facebook argumentou que a mudança tinha como intuito valorizar “interações mais significativas”. Mas na prática isso significou um duro golpe na

⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. O crepúsculo do direito. *Folha de S.Paulo*, 23 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2018/08/o-crepusculo-do-direito.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 3 maio 2020. Ver também SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁷⁴ O coletivo Intervozes é uma organização da sociedade civil com pautas voltadas à comunicação social. Para mais informações: INTERVOZES. Quem somos. [S. d.]. Disponível em: <http://intervozes.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 3 maio 2020.

⁷⁵ A pesquisa pode ser acessada em: <https://intervozes.org.br/arquivos/interliv012monodig.pdf>. Acesso em: 11 dezembro 2020.

mídia tradicional e uma pressão para o uso da ferramenta de conteúdos impulsionados.⁷⁶

Quanto à segunda, o argumento é basicamente uma reprodução daquilo quanto apresentado pela Comissão Europeia no caso Google Shopping.

Há, de outro lado, autores e pensadores brasileiros que parecem se filiar à corrente que aqui chamamos de pós-Chicago, muito embora, em regra, tenham manifestado seus posicionamentos em palestras e eventos, mas não em artigos acadêmicos. O professor Caio Mário da Silva Pereira Neto parece estar nessa categoria, e o artigo de sua coautoria nesta obra serve como demonstração.

Outro autor que parece se filiar a essa corrente é o professor Vinicius Marques de Carvalho. Em manifestações suas em eventos como o 31º Seminário Internacional da Associação Brasileira de Direito da Tecnologia da Informação e das Comunicações (ABDTIC), em 2017,⁷⁷ e o evento organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac) e pela Fundação Getulio Vargas (FGV) em São Paulo sobre economia comportamental e antitruste no mesmo ano,⁷⁸ ele afirmou que a análise concorrencial de variáveis como *big data* é necessária, mas ressaltou que se trata de recurso “não exclusivo e não rival”, e que provavelmente a defesa da concorrência avaliará tal ativo “como mais uma variável competitiva”. Vale ressaltar que o professor diversas vezes expressou que propugnar por aplicação mais restritiva do antitruste não significa

⁷⁶ A seção “Práticas anticoncorrenciais” pode ser acessada por meio do *link*: <https://intervozes.org.br/arquivos/interliv012monodig.pdf> (conferir a partir da p. 123).

⁷⁷ CARVALHO, Vinicius Marques de. *Big data* como ativo concorrencial entra no radar regulatório. *Convergência Digital TV*, 8 nov. 2017. Disponível em: <http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infolid=46652&sid=97>. Acesso em: 3 maio 2020.

⁷⁸ Evento “Antitruste, Economia Comportamental e Novas Tecnologias”, realizado no dia 7 de novembro de 2017. Programação disponível em: <https://portal.fgv.br/eventos/antitruste-economia-comportamental-e-novas-tecnologias>.

afirmar que a economia digital não apresenta desafios ou mesmo problemas. Para o autor, significa, no entanto, na linha do que anteriormente explanado, que o antitruste não é, nem deve ser, a única ou mesmo a principal fronteira do debate.

A professora Ana Frazão, por sua vez, demonstra simpatia pelos neoestruturalistas, mas parece se filiar à corrente de pensamento que entende que eventuais adaptações metodológicas de análise antitruste são necessárias. Segundo ela:

a mudança proposta apenas pode ser viável e efetiva caso haja a revisão dos parâmetros e da metodologia da análise antitruste, pois estes, ao longo dos anos, tornaram-se uma verdadeira “camisa de força”, que impede qualquer tentativa mais significativa de adaptação e muito menos de expansão do Direito Antitruste.⁷⁹

O que merece ainda ser observado é que a legislação antitruste brasileira tem uma dicção ampla o suficiente para comportar diversas leituras, desde a mais até a menos intervencionista. O art. 36 da Lei n. 12.529/2011 afirma que são infrações à ordem econômica os “atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. Não há, portanto, a necessidade de aferição de efeitos ou alguma forma específica de atos prescritos na lei. Ainda, o § 3º do referido artigo, ao mencionar práticas que configuram as hipóteses de infrações previstas na lei, deixa claro o caráter exemplificativo, estando aberta a lei a novos (modernos) tipos de práticas, havendo um amplíssimo espaço para atuação do Cade.

Não obstante, a autoridade ainda não se posicionou de forma definitiva a respeito do tema de maneira que nos permita inferir qual seria sua localização no espectro anteriormente exposto. Há, porém, alguns indicativos relevantes

⁷⁹ FRAZÃO, Ana. *Big data* e impacto sobre a análise concorrencial. *Jota*, 13 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-9-02122020>. Acesso em: 3 maio 2020.

ao longo dos últimos anos. No que diz respeito a atos de concentração em mercados digitais, vale destacar que diversos foram analisados pelo Cade, sem maiores considerações a respeito de danos à concorrência. Não houve qualquer reprovação notória nesse sentido até o momento.⁸⁰

Já no que diz respeito a condutas, para além dos casos que analisam as práticas comerciais do Google, recentemente uma nova leva de investigações foi instaurada.

Os casos Google, vale ressaltar, foram os primeiros que chegaram ao Cade tratando mais diretamente de possíveis condutas anticompetitivas em mercados digitais. Dos quatro casos originais, restam dois (um caso cujo representante é o Yelp, e um segundo que trata da prática de scraping, focada em notícias), e foi iniciado um terceiro (uma investigação focada nas práticas comerciais do Android). A mais notória das investigações originais, focada na análise das práticas da empresa na ferramenta Shopping, foi arquivada pela autarquia. Diferentemente do que se poderia supor, no entanto, apesar da relevância simbólica do caso, não entendemos que ele permita grandes conclusões sobre como o Cade entende as condutas desse mercado. Isso porque a votação foi bastante apertada – 4 votos a 3 pelo arquivamento – e os principais argumentos que levaram a esse resultado estavam voltados à falta de comprovação de dano efetivo. Tratando-se de um caso que teve duração aproximada de 7 anos, é razoável que os conselheiros tenham demonstrado resistência na condenação da empresa por danos potenciais e futuros. O que o caso pode sinalizar, no entanto, é que ao menos parte do Conselho tende a dar bastante relevância às provas econômicas trazidas aos autos.

Nos últimos dois anos, foram iniciadas outras investigações pela autarquia, como a recém-noticiada investigação a respeito das práticas de exclusividade do iFood, empresa operante no ramo de *food delivery*⁸¹ e variados casos que possuem alguma interface com o mercado de meios

⁸⁰ Assim como em outras jurisdições, o caso Google/DoubleClick foi analisado pelo Cade. Não foram porém destacadas maiores considerações a respeito de possível impacto da operação tendo em vista a dinâmica específica dos mercados digitais.

⁸¹ Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/rappi-processa-ifood-no-cade-por-praticas-anticompetitivas/>.

eletrônicos de pagamentos – o mais notório é o processo que trata de possível conduta anticompetitiva por conta da concessão de antecipação de recebíveis em prazo reduzido para clientes Rede que possuam domicílio bancário no Itaú.⁸²

Além disso, o Cade tem se envolvido mais diretamente nos debates sobre a temática digital. O Brasil foi o líder de um relatório conduzido pelos BRICS sobre o assunto, lançado em 2019.⁸³ Diversas consultorias foram iniciadas, muitas focando em interfaces do debate digital. Uma delas, inclusive, resultou num estudo publicado pelo Departamento de Estudos Econômicos, voltado a fornecer um panorama dos muitos relatórios e pesquisas lançados por autoridades e centros universitários de renome nos últimos anos.⁸⁴

Um outro aspecto relevante que deve ser mencionado é que a lei brasileira, por conta do art. 88, § 7º, permite à autoridade antitruste requisitar a notificação de atos de concentração mesmo quando eles não atingem os patamares mínimos de faturamento. Isso permite ao Cade, se assim desejar, analisar as chamadas fusões ou aquisições de *startups*, que em regra não seriam submetidas à autoridade. O caso mais paradigmático nesse sentido em outras jurisdições foi o Facebook/WhatsApp. Alguns países chegaram a alterar suas regras de notificação, passando a incluir um critério adicional de valor da operação para análise de atos de concentração econômica (ACs), porque a compra não entrou nos critérios de faturamento de diversos países e acabou sem ser analisada.⁸⁵ Como há um argumento subjacente de que a compra de

⁸² Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/tribunal-do-cade-mantem-medida-preventiva-contra-itaue-rede>.

⁸³ Disponível em: http://www.cade.gov.br/cade_english/press-releases/cade-releases-report-on-digital-economy-during-the-vi-brics-competition-conference.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/estudo-do-dee-aborda-competicao-em-mercados-digitais>.

⁸⁵ SAUERMAN, Martin. New merger control guidelines for transaction value thresholds in Austria and Germany. *Competition Policy International*, July 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/07/Europe-Column-July-2018-Full.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

empresas chamadas *Mavericks*⁸⁶ pode resultar em problemas concorrenciais no longo prazo – já que aquele entrante no mercado poderia se consolidar como um *player* competitivo de grande alcance no futuro, que injetaria concorrência no segmento –, há autoridades que entendem ser importante verificar com atenção um AC como esse (às vezes também denominado *killer acquisition* em virtude da eliminação de um concorrente potencial). No Brasil, dois movimentos recentes são mais notórios nesse sentido. O primeiro é a representação feita pelo Idec sobre a aquisição da empresa Fitbit pelo Google. O instituto foi ao Cade solicitar que a operação seja investigada.⁸⁷ O segundo é uma análise sobre aquisições em mercados digitais, a qual resultou na expedição de ofícios a diversas empresas operantes no Brasil.⁸⁸ Não obstante ainda não haja clareza sobre como a autoridade encaminhará o tema, fato é que ele vem recebendo alguma atenção da autarquia.

Não cabe aqui e nem é o objetivo desse capítulo discutir propriamente se esses movimentos da autoridade são corretos ou não, ou se esse é o melhor

86 A Conselheira Cristiane Alkmin votou pela reprovação da operação entre XP e Itaú analisada pelo Cade, argumentando que a XP era um *maverick* do mercado de produtos de investimento: “A XP, por sua vez, é uma corretora inovadora, fundada em 2001, tendo surgido para fazer frente a este concentrado mercado bancário, ao incorporar de forma efetiva uma tecnologia disruptiva anos depois, no concernente à distribuição de produtos de investimentos por meio de uma plataforma aberta, replicando no Brasil uma prática usual nos EUA. Não por menos seu lema sempre foi o da desbancarização. A XP, é, assim, uma *Maverick* no mercado de distribuição de produtos de investimentos. Não me espantaria que a XP, além de ‘roubar’ clientes do Itaú, também ‘abocanha’ os investimentos feitos por seus funcionários” (BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16*. Requerentes: Itaú Unibanco S.A., XP Investimentos S.A. Voto Vogal Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Data de registro: 19 de março de 2018.

87 Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-solicita-investigacao-da-operacao-de-compra-da-fitbit-pela-google>.

88 Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/07/03/cade-consulta-gigantes-digitais-para-avaliar-aquisicoes-no-setor.ghtml>.

caminho para o desenvolvimento da política de defesa da concorrência brasileira. O que vale destacar é que, em meio a uma claríssima alteração de postura no meio internacional sobre o tema, exemplificada pelas condenações da Comissão Europeia contra o Google e aberturas de investigação contra outras big techs como a Amazon, pelas propostas de mudança legislativo-regulatória no continente (por meio do Digital Services Act e do Digital Markets Act), e agora também pelos casos recentemente propostos contra Google e Facebook pela Federal Trade Commission nos Estados Unidos, não se sabe ao certo se a postura mais reativa que vinha sendo adotada pelo Cade se manterá. É razoável admitir que uma postura mais assertiva da autoridade será exigida no futuro próximo, dada a relevância que a economia digital tem alcançado e a alta probabilidade de que novos ACs e processos administrativos sejam analisados.

Vale observar também que o Conselho tem, em 2020, uma composição bastante diferente de todas as anteriores (pelo menos desde a promulgação da Lei n. 8884/1994), com muitos membros advindos de áreas que não a defesa da concorrência. Esse cenário peculiar abre espaço para que posturas as mais diversas sejam adotadas, e será necessário acompanhar os desenvolvimentos de maneira próxima para aferir de forma mais clara os rumos tomados pela autoridade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ARNAUDO, Luca. The quest for behavioural antitrust: beyond the label battle, towards a cognitive approach. *DQ*, 2013.
- ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. Economic doctrines and approaches to antitrust. *The Information Technology & Innovation Foundation*, 2011. Disponível em: <http://www.itif.org/files/2011-antitrust.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020.
- BAKER, Jonathan; SCOTT MORTON, Fiona. Antitrust enforcement against platform MFNs. *The Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, maio 2018. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/feature/antitrust-enforcement-against-platform-mfns>. Acesso em: 15 out. 2018.
- BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The Free Press, 1993.

- BRANDEIS, Louis Dembitz. Cutthroat prices: the competition that kills. *Harper's Weekly*, 15 nov. 1913. Disponível em: <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/business-a-profession-chapter-15>. Acesso em: 3 maio 2020.
- CALO, Ryan. Digital market manipulation. *The George Washington Law Review*, Washington, v. 82, n. 4, 2014.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. *Big data* como ativo concorrencial entra no radar regulatório. *Convergência Digital TV*, 8 nov. 2017. Disponível em: <http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inford=46652&sid=97>. Acesso em: 3 maio 2020.
- CLARKE, George R. G.; QIANG, Christine Zhenwei; XU, Lixin Colin. The internet as a general-purpose technology: firm-level evidence from around the world. *World Bank Policy Research Working Paper*, n. 7192. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2895402>. Acesso em: 3 maio 2020.
- COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral economics and its meaning for antitrust agency decision making. *Journal of Law, Economics and Policy*, Fairfax, v. 8, 2012.
- CORDEIRO, Alexandre. *Competition in the digital age: when technology and innovation disrupt antitrust analysis*. São Paulo, Ibrac/ABDTIC, 31 ago. 2018.
- COYLE, Diane. Digital platforms force a rethink in competition theory. *Financial Times*, ago. 2017. Disponível em: <https://www.ft.com/content/9dc80408-81e1-11e7-94e2-c5b903247afd>. Acesso em: 3 maio 2020.
- EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984.
- EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Press Review, 2016.
- HOVENKAMP, Herbert J. Is antitrust's consumer welfare principle imperiled? *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1985, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985. Acesso em: 3 maio 2020.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, 1985. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1396788>. Acesso em: 3 maio 2020.
- HOVENKAMP, Herbert. Post-Chicago antitrust: a review and critique. *Columbia Business Law Review*, n. 2, 2001.
- HOW to tame tech giants. *The Economist*, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>. Acesso em: 3 maio 2020.

- HUBBARD, Sally. Fake news is a real antitrust problem. *Antitrust Chronicle*, December 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Hubbard.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.
- HURWITZ, Gus. Fake news's not-so-real antitrust problem: content remains king. *Antitrust Chronicle*, December 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Hurwitz.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.
- INTERVOZES. Quem somos. [S.d.]. Disponível em: <http://intervozes.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 3 maio 2020.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Behavioral Law & Economics*, v. 14, 2000.
- JOVANOVIĆ, Boyan; ROUSSEAU, Peter L. General-purpose technologies (Chapter 18). In: AGHION, Philippe; DURLAUF, Steven N. (ed.). *Handbook of Economic Growth*, v. 1, Part B. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1574-0684\(05\)01018-X](https://doi.org/10.1016/S1574-0684(05)01018-X).
- KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, n. 4, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 3 maio 2020.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, mar. 1979.
- KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *Yale Law Journal*, v. 126, p. 710, 2016.
- KHAN, Lina M. The New Brandeis Movement: America's antimonopoly debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, 1 March 2018.
- MANNE, Geoffrey A.; SPERRY, R. Ben. The law and economics of data and privacy in antitrust analysis. *George Mason Law Review's Symposium on Privacy Regulation and Antitrust*. 2014. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2017/09/le-data-privacy-antitrust.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020.
- MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1577556>. Acesso em: 3 maio 2020.
- MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Innovation and the limits of antitrust. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 1, 2010.
- OECD. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. Disponível em: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm. Acesso em: 3 maio 2020.

OSBORNE CLARKE. New merger control thresholds in Germany and Austria based on transaction value. *Insights*, 15 jun. 2017. Disponível em: <http://www.osborneclarke.com/insights/new-merger-control-thresholds-in-germany-and-austria-based-on-transaction-value/>. Acesso em: 3 maio 2020.

PETIT, Nicolas. Innovation competition, unilateral effects and merger control policy. *ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program*, White Paper n. 3, 2018. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/06/ICLE-Petit-Innovation-Competition-Merger-Control-Policy-ICLE-2018.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020.

POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, 1979. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review. Acesso em: 3 maio 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O crepúsculo do direito. *Folha de S.Paulo*, 23 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/08/o-crepusculo-do-direito.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 3 maio 2020.

SAUERMAN, Martin. New merger control guidelines for transaction value thresholds in Austria and Germany. *Competition Policy International*, July 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/07/Europe-Column-July-2018-Full.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

SCHREPEL, Thibault. A new structured rule of reason approach for high-tech markets. *Suffolk University Law Review*, v. 50, n. 1, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2908838>. Acesso em: 3 maio 2020.

SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 19, jul. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2997586>. Acesso em: 3 maio 2020.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SIDAK, J. Gregory; TEECE, David J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 5, n. 4, 2009. Disponível em: <https://www.criterioneconomics.com/docs/dynamic-comp1.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020.

STUCKE, Maurice. Behavioral antitrust and monopolization. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 8, n. 3, 2012.

STUCKE, Maurice. Behavioral economists at the gate: antitrust in the twenty-first century. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 38, n. 3, 2007.

STUCKE, Maurice. How can competition agencies use behavioral economics. *The Antitrust Bulletin*, v. 59, n. 4, 2014.

STUCKE, Maurice. Money, is that what I want: competition policy and the role of behavioral economics. *Santa Clara Law Review*, v. 50, 2010.

TATE, Matt. Behavioral economics: an insight into antitrust. *Law & Psychology Review*, v. 37, 2013.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven; London: Yale University Press, 2008.

VOGEL, Kenneth P. Google critic ousted from think tank funded by tech giant. *The New York Times*, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/08/30/us/politics/eric-schmidt-google-new-america.html>. Acesso em: 3 maio 2020.

WU, Tim. After consumer welfare, now what? The “protection of competition” standard in practice. *CPI Antitrust Chronicle*, April 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/04/CPI-Wu.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

YUN, John M.; SACHER, Seth B. Fake news is not an antitrust problem. *Antitrust Chronicle*, December 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Sacher-Yun.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

3. *BIG DATA* ENTRE TRÊS MICROSSISTEMAS JURÍDICOS: CONSUMIDOR, PRIVACIDADE E CONCORRÊNCIA

Caio Mário da Silva Pereira Neto
Bruno Polonio Renzetti

INTRODUÇÃO

A economia digital tem experimentado largo crescimento na última década, com modelos de negócios baseados na utilização intensa de dados obtidos a partir de plataformas digitais. Considerando o volume colossal de dados coletados, armazenados e tratados, tais dados passaram a ser referidos como *big data*. Os dados passaram, assim, a ser ativos para os agentes econômicos do mercado digital, impondo uma nova realidade em diversos setores.

Presente no cotidiano de qualquer cidadão, a economia digital não é de forma alguma estanque ou estática. Ao contrário, ela está sob constante e intenso processo de inovação (*data-driven innovation*). Assim, o *big data* assume papel de protagonismo, viabilizando o desenvolvimento de produtos de maior qualidade, gerando maior bem-estar ao consumidor, que vê a possibilidade de suas necessidades serem atendidas de forma mais eficiente.

Como invariavelmente ocorre com as mudanças que se apresentam à realidade, o direito também passa a lidar com novos desafios, dado que os mecanismos jurídicos não evoluem na mesma velocidade. Teoria e prática jurídica se encontram acuadas pela emergência de novos serviços e modelos de negócios baseados em *big data* e plataformas digitais, que contestam o modelo jurídico tradicional. Trata-se de fenômeno multifacetado, cuja compreensão passa pelo necessário entendimento do papel que cada um dos ramos do direito desempenha ao abordar o *big data* e seus efeitos. O atual cenário pode ser confuso, apresentando sobreposição de

preocupações em pelo menos três subsistemas jurídicos: a proteção ao consumidor, a proteção à privacidade e o direito da concorrência.

A partir desse cenário de transformação, este capítulo busca identificar as consequências jurídicas do fenômeno do *big data*, apontando qual o espaço para a atuação do direito da concorrência e quando a disciplina concorrencial deve se abster de interferir, reconhecendo suas limitações em favor de outros microssistemas jurídicos. O objetivo deste capítulo é, portanto, identificar as questões jurídicas decorrentes da emergência de negócios baseados em *big data*, mapeando o cenário atual. Não buscamos aqui qualquer solução definitiva para as novas questões que vêm emergindo. Os temas tratados permanecerão relevantes por bastante tempo e merecerão aprofundamento conforme plataformas baseadas em *big data* se desenvolvam e ganhem corpo.

Este capítulo está estruturado da seguinte forma: a primeira seção explora uma definição de *big data* a partir da literatura especializada, apontando como seu estudo tem aumentado de importância nos últimos anos. A segunda seção aborda os papéis dos três microssistemas que lidam diretamente com alguns dos principais desafios gerados pela emergência do *big data*: proteção ao consumidor, proteção à privacidade e direito da concorrência. Uma vez delimitados os papéis de cada um dos microssistemas, a terceira seção busca identificar as novas questões que têm sido postas ao direito da concorrência por esse fenômeno. A última seção conclui, propondo uma agenda para pesquisas futuras.

3.1 | **O QUE É *BIG DATA* E POR QUE ELE IMPORTA?**

É conhecida a expressão da revista *The Economist* que, em substituição ao petróleo, aponta os dados como os recursos mais valiosos do atual cenário econômico.¹ No mesmo sentido, Alec Ross pontua que a administração e o gerenciamento de dados serão tão importantes quanto as escolhas feitas

¹ The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 mar. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 6 maio 2020.

sobre o uso da terra na era agrícola ou a utilização de plantas produtivas na era industrial.²

A expressão *big data* tem sido usada de maneira recorrente, ainda que sua exata definição não seja muito precisa. De acordo com o Dicionário Cambridge, o termo *big data* pode ser traduzido para o português como *megadados*, sendo definido como uma grande quantidade de dados, produzidos pelos usuários da internet, que somente podem ser guardados e processados a partir de ferramentas e métodos específicos.³

A coleta de dados por empresas para melhor entenderem características e padrões de consumo, por exemplo, não é algo recente. Muitas empresas já investiam maciçamente em pesquisa e desenvolvimento (P&D) para entender as preferências de seus consumidores mesmo antes do advento do *big data*. O que se alterou, portanto, foi a qualidade e quantidade de dados coletados, bem como a capacidade de processamento e armazenamento de dados, em comparação às práticas de poucos anos atrás.

Isso se deve essencialmente aos menores custos associados à coleta, armazenamento, processamento e análise de dados. Dessa forma, o fenômeno do *big data* é geralmente associado à emergência das seguintes características: volume, velocidade, variedade e valor dos dados – conhecidos como os “Quatro Vs” e que são úteis para diferenciar o *big data* do uso de dados realizado tradicionalmente por empresas.

A expansão das redes sociais, mecanismos de busca, *marketplaces* e outras plataformas digitais contribuiu sobremaneira para o maior *volume* de dados coletados, visto que os usuários passaram a fornecer voluntariamente seus dados para diversas plataformas e projeções atuais demonstram que o volume de dados tende a aumentar exponencialmente. De acordo com relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o grande volume de dados em circulação é resultado

² ROSS, Alec. *The industries of the future*. New York: Simon & Schuster, 2016. Capítulo 5.

³ Big data. *Cambridge Dictionary*. Cambridge: Cambridge University Press, [s.d.]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/big-data>. Acesso em: 6 maio 2020.

da ubiquidade da internet e de sua intensa atividade. A maioria das mídias, serviços sociais e econômicos migrou para o ambiente *on-line* – exemplo disso é o aumento significativo do *e-commerce* e de serviços governamentais que já são prestados por meios digitais, gerando incontáveis *bytes* de dados a cada segundo.⁴

Sobre a *velocidade*, os autores apontam que os dados são gerados e processados cada vez mais rápido – alguns, inclusive, sendo processados em tempo real, implicando consequências imediatas na vida do usuário da plataforma digital. Esta é uma das principais diferenças entre o *big data* e o universo de dados tradicionais. Plataformas que são capazes de processar um volume enorme de informações em tempo real geram maior valor e utilidade em diversas ocasiões (exemplo disso são os aplicativos de navegação e trânsito que se atualizam em tempo real a partir dos *inputs* de milhões de usuários). Se antes as empresas coletavam dados, processavam e demoravam semanas ou mesmo meses para tomar uma decisão, atualmente todo esse processo está sendo automatizado, e, com inteligência artificial, as próprias plataformas ajustam seus processos de decisão por algoritmos dinâmicos.

Da mesma forma que crescem o volume e a velocidade dos dados coletados e armazenados, também houve acréscimo na *variedade* de informações coletadas pelas plataformas. Se no início os dados eram limitados a questões como nome, idade, gênero e endereço, hoje há coletas de informações sobre diversas preferências, padrões de compras, gastos médios e até mesmo modos de pagamento. A partir desses dados básicos, as plataformas conseguem construir um perfil detalhado de seus usuários,⁵ utilizando tais perfis para fazer ofertas personalizadas, ajustar preços e propor

4 OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf). Acesso em: 7 maio 2020.

5 Um exemplo trivial disso são os programas de fidelidade dos supermercados. Os consumidores que se cadastram nos programas passam a gozar de descontos em alguns produtos, mas, ao mesmo tempo, fornecem dados pessoais e informações sobre seu padrão de compras. O supermercado, de posse de tais dados, é capaz, então, de direcionar anúncios e ofertas a seus clientes de maneira individualizada.

alternativas. Quando grande variedade de informações é cruzada e analisada em conjunto, especialmente dados pessoais com outros tipos de informações, são criadas possibilidades para o agente de mercado explorar novos nichos.

O *valor* dos dados, por sua vez, é resultado de todos os “Vs” anteriores. O valor dos dados aumenta quanto mais variados eles forem, mais rápida for sua coleta e quanto maior for o volume de informações. O valor do *big data* está, em verdade, na forma como se dá sua análise e processamento. Dessa maneira, aqueles que detêm tecnologia mais avançada para coleta, armazenamento e processamento dos dados conseguem obter maiores vantagens das informações coletadas. À medida que mais dados são gerados por plataformas digitais, maior é o acúmulo de informações, o que contribui para a capacidade de aperfeiçoar soluções antigas e desenhar novas. Essas informações mais detalhadas e específicas contribuem para o aumento de eficiência da empresa, atraindo maior número de clientes para a plataforma, gerando mais valor e também acumulando mais dados, o que pode reforçar efeitos de rede.⁶

Essa alteração na disponibilidade de dados e na capacidade de processamento tem viabilizado a emergência de novos modelos de negócios e estabelecido novos padrões de competição. Ao mesmo tempo, tem gerado alguma confusão na incidência de diversos microssistemas jurídicos sobre um fenômeno multifacetado. Preocupações com a hipossuficiência de consumidores, com a privacidade e proteção de dados pessoais e com a proteção da concorrência não raro se misturam, dificultando o tratamento do fenômeno

⁶ A possibilidade de maior acúmulo de dados por dada empresa e sua consequente transformação em valor dependem também da infraestrutura necessária para a coleta, transmissão, armazenamento, processamento e tratamento dos dados. Além da infraestrutura física (isto é, equipamentos capazes de desempenhar tais funções de maneira satisfatória), os recentes movimentos regulatórios, com a inserção de leis específicas para proteção de dados, impõem novos custos às empresas. Assim, o *big data* também pode ser definido como as informações que demandam tecnologia específica para sua análise e transformação em valor. Sobre o assunto, cf. DE MAURO, Andrea *et al.* A formal definition of big data based on its essential features. *Library Review*, v. 65, n. 3, p. 122-135, 2016.

e, por vezes, levando a intervenções equivocadas. No próximo tópico procuramos diferenciar os papéis desses três microssistemas jurídicos na disciplina do *big data*.

3.2 | **TRÊS MICROSSISTEMAS JURÍDICOS QUE AFETAM O BIG DATA**

3.2.1 | **PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**

O microssistema de direito do consumidor brasileiro preocupa-se com a hipossuficiência do consumidor em face de fornecedores. Parte-se da constatação de que o fornecedor é, por natureza, um especialista nos produtos e serviços que oferta, sendo detentor de maior volume de informação, que leva a um aumento em seu poder de barganha em face do consumidor. Tal situação de assimetria de poder levou ao implemento de todo um aparato jurídico-institucional de proteção daquele que é considerado o elo mais fraco dessa relação de consumo.

Desde a perspectiva de hipossuficiência do consumidor, surgem discussões sobre a transparência, disponibilidade e assimetria de informações, equilíbrio do poder de barganha entre consumidores e fornecedores, proibição de cláusulas contratuais abusivas – inclusive no que tange à coleta, uso e compartilhamento de dados. O foco do direito do consumidor acaba sendo, portanto, em relações contratuais entre consumidores e plataformas digitais.

Enquanto o Brasil ainda não possuía uma autoridade específica para proteção de dados, por muitas vezes as agências de defesa do consumidor – notadamente, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), os Procons e as Promotorias de Defesa do Consumidor – assumem o papel de defender e proteger os direitos e interesses dos consumidores (usuários) de plataformas digitais. Assim, pode-se dizer que, até o momento, as autoridades de defesa do consumidor têm atuado para defender os usuários em situações relacionadas ao abuso no uso de dados pessoais e violação à privacidade. Importante ressaltar que essas autoridades também possuem a prerrogativa de impor eventuais sanções administrativas, caso constatem alguma infração.

Pode também o Ministério Público assumir a função de tutelar os direitos do consumidor, em sua função de proteção de interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos, como previsto no art. 129, III, da Constituição Federal. Nesse sentido, por exemplo, em outubro de 2016, o Ministério Público Federal no Estado do Piauí (MPF/PI) ajuizou Ação Civil Pública em face do Google, alegando violação aos dados pessoais dos usuários do Gmail, com fins de promover anúncios publicitários a partir do conteúdo de *e-mails* (publicidade comportamental). De acordo com o MPF/PI, os termos de uso do Gmail não poderiam ser classificados como autorização dos usuários para uso de seus dados, visto que se tratava de autorização genérica.⁷ O pedido do MPF era no sentido de obrigar o Google a obter consentimento prévio e expresso de todos os usuários do Gmail, na forma do art. 7º, IX, do Marco Civil da Internet. Também requereu tutela de urgência, para que o Google suspendesse a análise do conteúdo dos *e-mails* dos usuários.

Em junho de 2017, foi indeferido o pedido de tutela de urgência. O magistrado entendeu que não restou comprovado nos autos que existiria violação dos dados dos usuários a partir do acesso ao conteúdo dos *e-mails*, acolhendo a justificativa do Google de que não haveria visualização do conteúdo da mensagem, mas apenas identificação de palavras-chave. Além disso, de acordo com o magistrado, o usuário, ao se inscrever no Gmail, concorda expressamente com o uso de seus dados. A sentença sobreveio em janeiro de 2019, julgando improcedente o pedido do MPF e adotando como razão de decidir o mesmo argumento exposto no despacho que indeferiu a liminar. Portanto, nesse caso, o Judiciário entendeu que não haveria qualquer violação ao direito do consumidor.

7 Lê-se na peça inicial do MPF/PI: “A autorização dada por meio da concordância com os Termos de Serviços não é suficiente, pois não há como saber se o usuário do Gmail, de fato, tomou conhecimento da permissão dada ao Google. Somente através de uma autorização expressa, especificamente para acesso ao conteúdo dos *e-mails*, poderá haver uma concordância consciente. A autorização geral tomada pelo Google trata-se, na verdade, de autorização tácita” (Ação Civil Pública n. 25463.45.2016.4.01.4000, 2ª Vara Federal de Teresina/PI).

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Senacon também assume papel relevante nesse contexto de proteção ao consumidor e plataformas digitais. Um exemplo disso foi a multa imposta pelo DPDC à Decolar.com, por praticar diferenciação de preço de acomodações e negar oferta de vagas a depender da localização geográfica do cliente – práticas conhecidas como *geoblocking* e *geopricing*. Publicada no *Diário Oficial da União*, de 18 de junho de 2018, a decisão do DPDC impôs multa de R\$ 7,5 milhões à Decolar.com, entendendo que houve violação aos arts. 4º, *caput*, I e III; 6º, II, III e IV; e 39, II, IX e X, do Código de Defesa do Consumidor.⁸

Como se nota, o microssistema de defesa do consumidor possui uma cobertura bastante abrangente e conta com diversas autoridades na sua aplicação, havendo exemplos recentes de uma atuação mais ativa sobre plataformas digitais. As preocupações com consentimento informado no acesso a dados e cláusulas contratuais consideradas abusivas têm aparecido com especial proeminência neste momento, exigindo atenção das plataformas digitais.

3.2.2 | PROTEÇÃO E REGULAÇÃO DA PRIVACIDADE

3.2.2.1 | Regras específicas para a proteção da privacidade: Marco Civil da Internet e a Nova Lei de Proteção de Dados Pessoais – Lei n. 13.709/2018

Para além do tratamento geral de defesa do consumidor, vêm sendo ampliadas rapidamente as regulamentações específicas a respeito de dados pessoais. Nesse sentido, aos poucos se desenha um novo microssistema, que também leva em conta a hipossuficiência dos usuários de plataformas digitais, mas que é muito mais especializado na proteção da privacidade e no tratamento de dados pessoais.

⁸ Vide FRAZÃO, Ana. *Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores*. *Jota*, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018>. Acesso em: 6 maio 2020.

Em 25 de maio de 2018, a comunidade internacional passou a ter uma nova referência para a regulação de dados pessoais. Com a entrada em vigor do *General Data Protection Regulation* (GDPR), aprovado pelo Parlamento Europeu em abril de 2016, instaurou-se uma nova realidade na proteção de dados pessoais na Europa, exigindo das plataformas digitais novos padrões de conduta em relação às informações coletadas de usuários. De acordo com seu artigo 1(2), o objetivo da nova regulação é proteger direitos e liberdades fundamentais das pessoas naturais, em particular o direito de proteção a seus dados.

O GDPR é aplicável a todas as empresas que comercializam bens e serviços em Estados-membros da União Europeia (EU), mesmo que não haja pagamento. Isto é, não somente empresas estabelecidas na UE, mas também todos os que mantenham negócios em seus países-membros, estarão sujeitos ao GDPR.⁹

Interessante notar que a regulação europeia prevê expressamente um grande rol de direitos do usuário: transparência, acesso aos dados, retificação e exclusão de dados, além de poder se opor ao uso de seus dados para que decisões automatizadas sejam tomadas.

Em que pese o GDPR ser a regulação mais abrangente para a proteção de dados pessoais até o momento, ele não é pioneiro no tema, e diversos outros países já possuem legislações específicas para a proteção de dados pessoais. Em extenso estudo produzido por Graham Greenleaf,¹⁰ constata-se

⁹ Art. 3 do GDPR: “Territorial scope. 1. This Regulation applies to the processing of personal data in the context of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not. 2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to: (a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or (b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union. 3. This Regulation applies to the processing of personal data by a controller not established in the Union, but in a place where Member State law applies by virtue of public international law”.

¹⁰ GREENLEAF, Graham. Global tables of data privacy laws and bills. *Privacy Laws & Business International Report*, v. 145, p. 14-26, 2017.

que, até o final de março de 2017, cerca de 120 países possuíam legislações para proteção de dados pessoais em plataformas digitais.

No cenário brasileiro, somente recentemente o país deu os primeiros passos para a aprovação de uma lei específica para proteção de dados pessoais. Em 15 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei n. 13.709 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais [LGPD]), que altera o Marco Civil da Internet e dispõe sobre a proteção de dados pessoais.

Inspirada nas diretrizes do GDPR, a LGPD tem o objetivo de “proteger os direitos fundamentais de liberdade de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º). As principais disposições, entretanto, dizem respeito aos requisitos para coleta e tratamento de dados, alçando o consentimento a um papel de destaque nesse contexto, inclusive prevendo que o consentimento deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (art. 8º). O desrespeito ao consentimento sujeitará o agente a multa de até R\$ 50 milhões (art. 52, II).

De acordo com Ronaldo Lemos, a LGPD apostou no *multissetorialismo*, da mesma forma que já havia ocorrido com o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). Isso quer dizer que ela possui dimensão “estruturante”, emanando seus efeitos de forma horizontal em diversos setores econômicos.¹¹ O Marco Civil da Internet, por sua vez, reconhece a proteção à privacidade e a proteção de dados pessoais como direitos distintos: isso significa dizer que nem sempre que houver violação a dados pessoais haverá violação ao direito à privacidade.¹²

¹¹ LEMOS, Ronaldo. Começa uma nova era para o tratamento de dados no Brasil. *Folha de S.Paulo*, 12 jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/comeca-uma-nova-era-para-o-tratamento-de-dados-no-brasil.shtml>. Acesso em: 6 maio 2020.

¹² SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (coord.). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 20. Um possível exemplo dessa dualidade de proteção pode ser expresso na seguinte situação hipotética: o detentor dos dados pessoais autoriza a coleta para uma finalidade específica, a qual acaba sendo desviada. Nesse caso, pode-se dizer que houve violação aos dados pessoais, pois foram usados para finalidade para a qual não obteve consentimento do titular, mas não houve violação à privacidade.

O Marco Civil da Internet também traz em seu texto parâmetros para a proteção de dados pessoais.¹³ Seu art. 3º elenca a proteção dos dados pessoais como um dos princípios para a disciplina do uso da internet no Brasil. O art. 7º assegura ao usuário da internet o não fornecimento de seus dados pessoais a terceiros, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado. Seu art. 8º dispõe que a garantia do direito à privacidade é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Além disso, o art. 11 estabelece a obrigatoriedade de respeito aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais nas operações de coleta, guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais.

Portanto, o consentimento é o conceito basilar da nova lei de proteção de dados brasileira, reforçada pela disciplina do Marco Civil da Internet. O art. 7º da LGPD dispõe que poderá haver tratamento de dados “mediante o fornecimento de consentimento pelo titular” (inc. I). O art. 8º da lei elenca requisitos necessários para o consentimento: deve ser fornecido por escrito ou em meio que demonstre a manifestação de vontade do titular dos dados; sendo de forma escrita, deve constar de cláusula destacada no contrato. Ainda, cabe ao controlador dos dados provar que houve consentimento do titular, e o consentimento não pode se dar para fins genéricos, sendo necessário se referir a finalidades determinadas, sob pena de nulidade. O titular dos dados tem o direito de revogar seu consentimento a qualquer tempo.

Evidentemente, esse tipo de regulamentação já nasce com enormes desafios. Num mundo que se move rapidamente para a internet das coisas, onde a coleta de informação por sensores em lugares públicos e privados se torna cada vez mais intensa, será cada vez mais complexa a obtenção explícita de consentimento dos usuários a cada coleta de dados. A disciplina

¹³ “A definição do termo dados pessoais ficou a cargo do Decreto 8.771/16, responsável por regulamentar o Marco Civil da Internet, que em seu artigo 14, I, estabelece que dado pessoal é ‘o dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa’” (SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (coord.). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21).

de alternativas, como anonimização de dados e *opt-outs a posteriori*, talvez tenha que ser avaliada com brevidade, de forma a integrar as preocupações de privacidade no próprio desenho das novas aplicações (*privacy by design*).

De qualquer forma, com o surgimento de uma regulamentação especializada na proteção de dados pessoais e do direito à privacidade, pode haver alguma sobreposição entre as normas especializadas e a proteção do consumidor. Esse aspecto pode ser potencializado com a criação da nova Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).¹⁴ Uma tendência possível é que haja certa redução do uso de regras gerais consumeristas na medida em que uma disciplina especializada aborde as principais preocupações associadas à coleta, tratamento e compartilhamento de dados dos usuários.

3.2.2.2 | Direito da concorrência: atuação do Cade e suas autolimitações no que tange a questões de privacidade na internet

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já teve oportunidade de avaliar explicitamente os limites de sua atuação em questões de privacidade na internet.¹⁵ Em dois precedentes relacionados, a autoridade concorrencial apreciou casos que tangenciavam discussões sobre a privacidade de usuários na internet, decidindo que seu mandato institucional não permitiria adentrar nessa seara. Vejamos.

14 Com a conversão em lei da Medida Provisória n. 869/2018, estabeleceram-se as diretrizes para a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e também seu rol de competências. Nesse sentido, de acordo com o parágrafo único do art. 55-K: “A ANPD articulará sua atuação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais, e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação”. A estrutura regimental da ANPD foi regulada pelo Decreto n. 10.474, de 26 de agosto de 2020. Os indicados para a composição do primeiro Conselho-Diretor da ANPD foram aprovados pelo Senado Federal em 20.10.2020. Mais informações sobre a ANPD estão disponíveis em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br>.

15 Como é usual, importante fazer o esclarecimento de que um dos autores, Pereira Neto, atuou em casos descritos nesta seção. No entanto, a discussão neste capítulo representa exclusivamente a opinião dos autores e não das empresas envolvidas.

No Ato de Concentração n. 08012.003107/2010-62, entre TNL PCS S.A. (Oi) e Phorm Veiculação de Publicidade (Phorm), buscava-se a implementação de tecnologia para utilização de dados estatísticos dos usuários com o objetivo de associar conteúdo e publicidade aos interesses pessoais de cada usuário. Com esses dados, as empresas poderiam, principalmente, oferecer publicidade direcionada às preferências de cada usuário, personalizando os anúncios que seriam divulgados individualmente a cada internauta. Os dados dos usuários seriam anonimizados.

O Conselheiro-Relator Fernando de Magalhães Furlan, em seu voto, antes de adentrar no mérito, teceu considerações acerca da disciplina da privacidade na internet. Destacando que a questão da privacidade representava ponto controverso na operação sob análise, Furlan também reconheceu expressamente a falta de competência do Cade para analisar as consequências de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na internet. Para o Conselheiro-Relator:

Não é atribuição institucional do Cade analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na internet. A lei atribui ao Cade o dever-poder de avaliar o impacto sobre a concorrência de atos de concentração econômica. Nessa linha, apenas questões que afetem a competição no mercado são passíveis de análise pelo Conselho. A privacidade na internet não parece ser uma de tais questões, ao menos no momento.¹⁶

A partir desse entendimento, o Cade remeteu ao DPDC as preocupações sobre privacidade que surgiram durante a apreciação do caso. Ao final, a operação foi aprovada sem restrições pelo Conselho, com a percepção de que não haveria impacto negativo concorrencial no mercado e que eventuais condutas anticompetitivas poderiam ser endereçadas em sede de repressão a infrações contra a ordem econômica.

¹⁶ Ato de Concentração n. 08012.003107/2010-62. Requerentes: TNL PCS S.A. (Oi) e Phorm Veiculação de Publicidade (Phorm). Relator: Conselheiro Fernando Furlan, j. 06/10/2010, *DOU* 08/10/2010, p. 362-363.

O segundo precedente relevante em que o Cade tangenciou questões relativas à privacidade na internet foi na apreciação do Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29, no qual eram partes novamente a Phorm e a Telefônica Data S.A. (Telefônica). Essa operação também versava sobre a “utilização de dados estatísticos que permitirão mostrar o conteúdo e publicidade *on-line* de acordo com os interesses do usuário”.

Nesse caso, houve manifestação do DPDC em parecer próprio juntado aos autos. Em sua Nota Técnica n. 29/2011, o órgão destacou uma preocupação com o tratamento intensivo de dados dos consumidores e seu possível impacto sobre a privacidade. De forma similar ao que havia ocorrido no caso Oi/Phorm, o Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, ao analisar o mérito do caso, apontou que, “não obstante a oportuna e esclarecedora manifestação do DPDC sobre o potencial da tecnologia Phorm de causar danos aos consumidores no que tange à privacidade de sua navegação na internet, resalto que não é atribuição institucional do Cade analisar tais impactos”.¹⁷

Importante destacar que, neste segundo caso, a discussão sobre privacidade foi mais intensa. O Conselheiro Alessandro Octaviani demonstrou algumas preocupações com a operação, incluindo questões relativas à privacidade na internet. No entanto, também reconheceu que não se tratava de atribuição institucional do Cade, mas sim dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, expressando que a aprovação da operação perante o Cade “não exaure o ponto de vista jurídico a análise que o DPDC venha a fazer da questão da privacidade”.¹⁸

Na mesma ocasião, o Presidente Fernando Furlan apresentou voto-*vis-ta*, opinando pela aprovação com restrições do ato de concentração. As

¹⁷ Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Ruiz, j. 14/12/2011. Trecho do voto do Conselheiro-Relator, p. 189-190. Para fins de transparência, vale consignar que o co-autor Pereira Neto teve atuação neste caso.

¹⁸ Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Ruiz, j. 14/12/2011. Trecho do voto do Conselheiro Alessandro Octaviani, p. 624.

preocupações do então Presidente Furlan recaíam principalmente sobre a possibilidade de coordenação entre Oi e Telefônica no mercado de publicidade na internet, por intermédio das respectivas parcerias com a Phorm. Segundo o Conselheiro, os dados de usuários obtidos das operadoras seriam insumos essenciais no mercado de publicidade *on-line*. Dessa perspectiva, havia uma preocupação de que outros agentes de mercado não teriam meios para obter o volume e qualidade das informações que provedores como Oi e Telefônica poderiam alcançar. Furlan concluiu pela aprovação do ato de concentração condicionada à revogação da parceria celebrada entre Oi e Phorm nos autos do Ato de Concentração n. 08012.003107/2010-62, relatados *supra*. Caso a parceria originária fosse mantida, o ato de concentração em comento deveria ser reprovado, de acordo com seu voto.

Após proferido o voto do Presidente Furlan, o Conselheiro Marcos Veríssimo requereu vista dos autos. Ao retornar com seu voto, Veríssimo opinou pela aprovação sem restrições, identificando Oi e Telefônica como entrantes no mercado de publicidade *on-line*, sem capacidade de exercer qualquer poder de mercado, unilateral ou coordenado. O Conselheiro Veríssimo também reconheceu que questões relativas à privacidade diziam respeito “a relações privadas sobre as quais o DPDC já parece estar debruçado”.

Ao final, o ato de concentração foi aprovado nos termos do voto do Conselheiro-Relator, restando vencido o voto do Presidente Fernando Furlan.

As duas decisões comentadas acima indicam de forma explícita a posição do Cade sobre discussões exclusivamente relacionadas com o tema da privacidade. Como se pode notar, a autoridade concorrencial evitou a tentativa de expandir a análise antitruste para além dos efeitos estritamente concorrenciais. Mesmo diante de divergências sobre alguns aspectos das operações analisadas, os Conselheiros foram uníssomos ao afirmar que não é papel institucional do Cade atuar para proteger a privacidade de usuários da internet. Assim, em conjunto, esses casos podem ser interpretados como uma autolimitação institucional, na qual o órgão interpretou explicitamente as fronteiras de sua própria competência.

3.2.3 | DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Como visto, o Cade se absteve de se pronunciar sobre questões adstritas exclusivamente ao tema da privacidade que foram levantadas em casos julgados pelo Conselho, considerando a ausência de competência da autoridade de defesa da concorrência para lidar com esses temas. Decisão similar foi exarada pela Federal Trade Commission (FTC) no caso da fusão entre Google e DoubleClick, ao reconhecer falta de competência do órgão para regular a privacidade no âmbito da análise concorrencial de uma fusão.¹⁹ Diante disso, o desafio é delimitar quando e como o direito antitruste deve atuar em questões relacionadas aos mercados que utilizam grandes volumes de dados.

As leis de defesa do consumidor, as leis de defesa da privacidade e a lei de defesa da concorrência tutelam diferentes bens jurídicos. Considerando

¹⁹ “The sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition. Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry” (Statement of the FTC concerning Google/DoubleClick, FTC File n. 071-0170). Não obstante a clareza da decisão da maioria quanto aos limites de atuação da FTC, a decisão na fusão Google/DoubleClick contou também com um polêmico voto divergente da *Commissioner* Pamela Jones Harbour, que defendia posição oposta à da maioria. Em seu arrazoado, Harbour expõe preocupações com as diversas sobreposições horizontais entre as partes da fusão, preocupações com a integração dos dados de ambas e também com a proteção à privacidade. Sobre este último tópico, diz seu voto: “Assuming that Google and DoubleClick are allowed to merge, the combined firm is urged to state clearly and unambiguously what kind of information it intends to gather, how it will collect and use that information, and what choices consumers will be able to exercise. Consumers deserve a clear explanation from Google/DoubleClick, so they can shape their Internet behavior and determine how much information they are willing to reveal. Clearly explaining the firm’s information practices and the choices available to consumers will demonstrate Google/DoubleClick’s good intentions, as well as the company’s willingness to be held accountable for its commitments” (Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, in the matter of Google/DoubleClick, FTC File n. 071-0170, p. 9).

que o direito da concorrência tem como objetivo a preservação da concorrência (em seu sentido institucional), tem-se que esse ramo do direito deve ser aplicado somente quando se verificam danos à concorrência e ao processo competitivo. Não será em todos os casos de alegada violação à privacidade ou sigilo de dados que também haverá um dano à concorrência que clame pela tutela do direito antitruste. Essa relação não é automática e, ao contrário, deve ser avaliada com cautela.

Maureen Ohlhausen e Alex Okuliar apontam que a maioria das propostas que buscam lançar mão do instrumental do direito da concorrência para lidar com questões relacionadas à privacidade deposita suas preocupações principalmente em casos de fusões entre companhias que coletam e armazenam grandes quantidades de dados, combinando seus bancos de dados pessoais de usuários. Segundo os autores, não é a combinação de dados que deve levantar preocupações, mas sim o uso da proteção à privacidade como fator de competição não preço.²⁰ Vale dizer, em fusões, pode haver uma redução das alternativas do consumidor a diferentes padrões de privacidade e isso pode ser prejudicial para a dinâmica de alguns mercados.

É nesse sentido que Ohlhausen e Okuliar também propõem um método de três passos para aferir se o direito antitruste é o mais adequado para lidar com questões relacionadas à privacidade.

Primeiro, a escolha do microsistema jurídico aplicável deve se guiar pelo tipo de bem que se pretende tutelar, de forma que o direito concorrencial somente deve ser aplicado nos casos em que o bem jurídico a ser tutelado é a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor em sentido amplo. Se tal condição não se verifica, a conclusão é a de que outro microsistema jurídico pode ser mais adequado para lidar com a questão. Segundo, a escolha de instrumento jurídico deve atentar ao escopo do dano a ser remediado. Enquanto o direito antitruste se mostra apto a lidar com danos ao processo competitivo e à eficiência alocativa nos mercados, o direito do

²⁰ OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, 2015, p. 136.

consumidor é mais apto a proteger a posição contratual do usuário da plataforma, tutelando seus interesses em uma relação na qual o poder de barganha é assimétrico. Por fim, a terceira condição é que os remédios disponíveis em cada microssistema sejam aptos a sanar a questão posta: de nada adianta o direito da concorrência aplicar um remédio inadequado para eliminar o potencial dano (e.g., não faz sentido bloquear uma fusão para impedir determinado compartilhamento de dados que pode facilmente ser atingido contratualmente).²¹

Nesse cenário, ainda que o papel do antitruste não encontre limites completamente claros, há, ao menos, alguns elementos importantes para balizar sua atuação. Tem-se que o parâmetro principal para aferir se o instrumental concorrencial é o mais adequado para lidar com questões relativas à privacidade em plataformas digitais é a verificação de efetivos ou potenciais danos à concorrência, mesmo que seja exclusivamente na sua dimensão não preço. Caso isso não seja constatado, em princípio, o direito antitruste deve se abster de intervir, abrindo espaço para que instrumentos de outros microssistemas – como o direito do consumidor ou os novos sistemas de proteção de dados pessoais – possam atuar de forma mais efetiva.

3.3 | **NOVOS DESAFIOS DO ANTITRUSTE EM FACE DA EMERGÊNCIA DO *BIG DATA***

Uma vez delimitado o espaço de atuação do direito da concorrência em face dos outros subsistemas que têm lidado com aspectos relacionados a dados e privacidade, é possível mapear alguns dos desafios que se colocam para acadêmicos, formuladores de políticas públicas e operadores do direito dentro desse ramo. Neste tópico, sem pretensão de exaurir a discussão, abordamos quatro desafios que nos parecem relevantes: (i) a distinção entre dados como *input* e dados como *output*; (ii) a definição de mercados relevantes

²¹ OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, 2015, p. 152 e ss.

em atividades econômicas associadas a dados; (iii) a discussão de teorias de dano baseadas no controle de dados; e (iv) a discussão de dados como barreiras à entrada.

3.3.1 | DADOS COMO *INPUT/OUTPUT*

Dados podem servir como *input* para a oferta de determinados produtos ou serviços ou podem ser ofertados como *output*. Por exemplo, os padrões de busca dos usuários, suas preferências de consumo e sua localização podem servir como *input* para a oferta de certos produtos ou serviços (digitais ou físicos). Já a oferta de dados como *output* de uma indústria ocorre quando o próprio produto ou serviço é o dado coletado e processado, por exemplo, os mercados de *bureaux* de crédito ou de pesquisas de mercado, nos quais as firmas coletam, processam e vendem dados para quem as consulta.

Quando pensamos em indústrias nas quais os dados são o próprio produto vendido (*output*), não há grande novidade a ser enfrentada. Os dados aqui devem ser tratados como qualquer outro produto/serviço, que tem um preço e pode livremente ser transacionado. Nesses casos, é possível definir um mercado relevante a partir do teste do monopolista hipotético (TMH) – *SSNIP test*, na sigla em inglês – e identificar a existência de poder de mercado (i.e., capacidade de precificar acima do custo marginal), assim como eventuais condutas abusivas que possam distorcer a competição na oferta desse produto/serviço. Mesmo que possa haver externalidade de rede também nesses mercados, a análise tradicional ainda parece ser bastante adequada à maioria dos casos. Esse tem sido exatamente o tratamento dado por autoridades de defesa da concorrência em fusões para a criação de *bureaux* de crédito²² ou na análise de fusões de firmas de pesquisa/consultoria.²³

²² *Vide*, por exemplo: Ato de Concentração n. 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.A., Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, j. 09/11/2016. O caso versava sobre uma *joint venture* entre os requerentes para a criação de um novo *bureau* de crédito. Em seu voto, o Conselheiro-Relator identificou quatro mercados relevantes diferentes e também destacou a “nítida presença de externalidades de rede no mercado de

Os novos desafios têm surgido de forma mais aguda quando a grande massa de dados é essencialmente um *input*, qual seja, como insumo para o desenvolvimento de certa atividade econômica que não oferta os dados diretamente, mas os utiliza para otimizar ou aperfeiçoar outro produto/serviço. Aqui, por exemplo, quando uma empresa oferta um serviço de busca na internet, ou uma plataforma de reservas de hotéis ou restaurantes, os dados dos usuários não são diretamente vendidos a alguém, mas servem como *input* para melhorar a plataforma, tornando as buscas mais precisas, as sugestões de reservas mais personalizadas e assim por diante.²⁴

O uso de dados como insumo para o desenvolvimento de atividades pode ocorrer de pelo menos duas maneiras: quando a companhia utiliza dados e pesquisas que ela mesma produz para melhorar seu produto final ou quando

informações de crédito”. Sendo classificado como um mercado de dois lados, a utilidade dos *bureau* de crédito aumenta à medida que um agente adicional é integrado ao mercado. O ato de concentração foi aprovado com restrições. *Vide* também: Ato de Concentração n. 08012.006726/2011-90. Requerentes: Boa Vista Serviços S.A. e Equifax do Brasil S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, j. 25/01/2012.

23 O Cade já apreciou em algumas ocasiões atos de concentração envolvendo agentes “vendedores” de dados, principalmente agentes que ofertam serviços de pesquisas de mercado. *Vide*, por exemplo, Ato de Concentração n. 08700.011814/2014-06. Requerentes: WPP Kantar Participações Ltda. e Ibope Participações Ltda., aprovado em 01/04/2015; Ato de Concentração n. 08700.003710/2018-43. Requerentes: A.C. Nielsen do Brasil Ltda. e Buscapé Company Informação e Tecnologia Ltda., aprovado em 26/06/2018.

24 “As an input, online firms use data to improve and refine products and services in a number of ways, and to develop brand new innovative product offerings. For example, search engines, both general and niche, can use data to deliver more relevant, high quality search results. By learning from user search queries and clicks, search engines can identify what are the most relevant results for a particular query. ‘Click-and-query’ data, as it is known, is a highly valuable input in delivering high quality search results (Salinger and Levinson, 2015). Outside of just relevant results, search engines can use data to provide additional ‘value-added’ services to users” (SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Does antitrust have a role to play in regulating big data?. *In*: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (ed.). *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 4).

a plataforma digital se vale de dados fornecidos por usuários para promover o melhoramento de seus resultados. De acordo com Sivinski, Okuliar e Kjolbye, o papel dos dados como *input* está crescendo como um elemento importante de competitividade devido ao maior uso de ferramentas como a internet das coisas e a inteligência artificial, que são capazes de alavancar a criação e melhoria dos bancos de dados.²⁵ Em plataformas que se utilizam dos dados de usuários como *input*, é importante notar que os efeitos de rede desempenham papel essencial, pois, quanto maior o número de usuários, maior a quantidade e qualidade de dados coletados, permitindo um aperfeiçoamento não linear do serviço prestado.

Esse cenário tem evoluído rapidamente, gerando alguns questionamentos especialmente quando se trata de informação de difícil replicação, seja em quantidade, seja em qualidade, o que pode contribuir para reforçar barreiras à entrada em certos mercados. De outro lado, como várias das informações são replicáveis e os usuários as compartilham com múltiplas plataformas (*multihoming*), há argumentos razoáveis de que, em uma grande parcela dos casos, não haveria qualquer potencial dano à competição.

3.3.2 | DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE

A definição de mercados relevantes dentro do ecossistema de *big data* pode ser uma tarefa hercúlea. De fato, mercados baseados em dados (*data-driven*) possuem particularidades que devem ser levadas em consideração na análise de atos de concentração e condutas.

Em primeiro lugar, os principais *players* – isto é, as principais plataformas digitais – atuam, comumente, em diversos segmentos, com intrincadas ligações entre eles e relevantes efeitos de rede. Muitas vezes é difícil isolar um segmento de outro, tamanha sua inter-relação. Assim, definir fronteiras entre mercados relevantes pode ser algo relativamente difícil no contexto de plataformas digitais.

²⁵ SIVINSKI, Greg; OKULIAR, Alex; KJOLBYE, Lars. Is big data a big deal? A competitive law approach to big data. *European Competition Journal*, v. 13, n. 2-3, 2017, p. 209.

Em segundo lugar, vários dos mercados baseados em *big data* ofertam produtos/serviços a preço zero (*zero-price markets*). Nessas situações, os métodos tradicionais de análise de mercado relevante devem sofrer algumas adaptações necessárias. Por exemplo, o SSNIP *test*, que procura simular comportamentos de consumidores e competidores no caso de “um pequeno, porém significativo, e não transitório aumento de preço”, tende a ser de difícil aplicação. Isso ocorre pois as reações competitivas não são aquelas tradicionalmente baseadas em preços.²⁶

Além disso, pode ser difícil aplicar o TMH em mercados de múltiplos lados em que algum preço é cobrado em apenas um dos lados.²⁷ Assim, por exemplo, o preço cobrado de anunciantes em um dos lados do mercado pode não ser necessariamente uma boa *proxy* do poder de mercado no outro lado ou mesmo na plataforma como um todo. Em especial, o universo de competidores em cada um dos lados do mercado pode não ser o mesmo. Nesses casos, entender as dinâmicas competitivas nos múltiplos lados do

²⁶ “Price is only one parameter of competition, and not a very important one in multi-sided markets, where sellers can dominate the market for free goods and services. Google, for example, does not charge consumers for many of its services (such as search, browser, email, videos, and maps). But Google, the competition authorities recognize, has significant market power. Nor is it true that because the items are offered for free, the market is competitive. At times, the competitive price can be negative (whereby the company pays consumers to use the service or for the full value of their personal data). Thus companies can exercise market power by eliminating payments to consumers and offering the product for free” (STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 123).

²⁷ “When the market is a non-transaction one, a two-sided SSNIP test can be safely performed on the paying side of the market. However, on the side where the price is zero it is not possible to perform a SSNIP test. Here the issue is not only that the reaction of customers to a price increase is not known, but, more fundamentally, that increasing the price by 5 or 10% has no meaning when the starting price is zero. Any price increase one would consider would be arbitrary and change the benchmark with respect to the practice in one-sided markets and the extension just discussed to the paying side of a two-sided market” (OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. p. 47).

mercado e a forma como elas interagem é essencial.²⁸ Além disso, entender a intensidade dos efeitos de rede tende a ser importante para definir um único mercado relevante de dois lados ou múltiplos mercados relevantes de um único lado.²⁹

Nessas situações, uma das possíveis soluções para a definição do mercado relevante seria empregar um SSNIP *test* modificado, que tivesse seu foco na qualidade (em vez do preço), tornando-se, assim, o SSNDQ *test*, para aferir se “uma pequena, mas significativa, e não transitória diminuição na qualidade” levaria a reações de substituição do produto ou serviço pelos consumidores (lado da demanda) ou pelos fornecedores (lado da oferta). Isso torna o teste mais adequado conceitualmente, mas diminui sua objetividade, já que é muito mais difícil aferir empiricamente reações à qualidade do que reações a variações de preço.³⁰

28 “One must be careful to consider cross-platform network effects when applying this Hypothetical Monopolist Test to a multisided platform. One way to do this in the multiple-markets framework is to consider price changes on one side of the platform while holding prices on the other side constant and examining whether there are significant, plausible feedback effects. If there are no such effects, then focusing on a single side manifestly will give a clear overall picture. But if there are feedback effects, then they must be taken into account to avoid reaching misleading conclusions” (KATZ, Michael; SALLET, Jonathan. Multisided platforms and antitrust enforcement. *The Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, 2018, p. 2159).

29 Para uma discussão mais detalhada desse ponto, ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; LANCIERI, Filippo M. Towards a layered approach to relevant markets in multi-sided transaction platforms. *Antitrust Law Journal*, [no prelo]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408221. Acesso em: 6 maio 2020.

30 “The proposal of a SSNDQ test has not been very successful. In particular, it has been argued that, since product differentiation is most often multi-dimensional, it is difficult to establish what is the relevant quality dimension in practice. More fundamentally, if, as it is the case in one-sided market, customers are paying for the product, it is not certain that, in the presence of substitute products, and HM would lower the quality of its products less” (OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. p. 48).

Em terceiro lugar, a definição tradicional de mercado relevante tem como um dos seus objetivos principais aferir a possibilidade de exercício de poder de mercado referente à oferta de bens e serviços que concorrem entre si. No entanto, quando se trata de *big data*, há autores³¹ que defendem que a própria atividade de coleta de dados deve constituir um mercado relevante específico, enquanto há outros que divergem,³² pois os dados devem ser vistos como insumos para a atividade-fim das plataformas (oferta do serviço ao usuário final) e não constituem um mercado em si (*vide* seção anterior).

Essa discussão é importante, pois, caso a própria coleta e o processamento de dados sejam considerados um mercado relevante em si mesmo, haveria a percepção de que mesmo plataformas com serviços completamente distintos poderiam ser competidoras nesse mercado. Assim, por exemplo, um ato de concentração entre uma plataforma de mobilidade urbana e um *site* de reservas de restaurantes – apesar de envolver serviços com funções muito diferentes, não sendo substituíveis da ótica do usuário, eles poderiam ser considerados competidores na ótica de coleta e processamento de dados. Isso seria uma grande mudança na forma tradicional de definição de mercado relevante, que exigiria uma reflexão mais detida antes de ser adotada.

De qualquer forma, os pontos *supra* demonstram que a dinâmica de mercados dentro do universo do *big data* possui características distintas que podem exigir ajustes na teoria tradicional sobre definição de mercados relevantes. Em diversas situações, a lente usual da análise antitruste não é capaz de delimitar adequadamente o âmbito em que se trava a competição. Neste momento, o movimento tem sido no sentido de tentar adaptar a teoria

31 HARBOUR, Pamela Jones; KOSLOV, Tara Ian. Section 2 in a Web 2.0 World: an expanded vision of relevant product markets. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, 2010.

32 SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Does antitrust have a role to play in regulating big data?. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (ed.). *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 17.

tradicional às características dos mercados baseados em dados, considerando as peculiaridades de cada caso.

3.3.3 | TEORIAS DE DANO (*THEORIES OF HARM*) E CONTROLE DE DADOS

A prática e a teoria do direito concorrencial se ocupam, em grande parte, de identificar e estabelecer teorias de dano (*theories of harm*) que descrevem como as condutas de empresas podem impactar negativamente o ambiente econômico e o processo competitivo. Condutas anticompetitivas típicas, como predação, discriminação de preços e colusão, passam a ter novos contornos em mercados que se utilizam do *big data* como insumo para suas atividades (*input*).

Nesse contexto, efeitos anticompetitivos tendem a ser associados ao abuso de posição dominante.³³ Uma companhia somente pode empreender atos para excluir competidores caso possua poder de mercado para tanto. Em tais situações, quando a concorrência deixa de ser pelo mérito dos serviços ou produtos oferecidos no mercado, emerge a preocupação antitruste. No âmbito dos mercados de dados (*data-driven*), muitas vezes essas preocupações se traduzem em práticas relacionadas ao uso de dados com o objetivo de manter posição dominante no mercado ou virar o mercado (*tip the market*) a favor de uma empresa. Nesse sentido, tem-se discutido condutas anticompetitivas de fechamento de mercado a um competidor a partir da negativa de acesso a dados ou à própria plataforma, aumento dos custos de transferência (*switching costs*) dos usuários e promoção de maior integração vertical para evitar a entrada de novos competidores, criando superplataformas.³⁴

³³ Importante ressaltar que deter poder de mercado não é considerado ilícito. Ao contrário, conforme elencado pela Lei n. 12.529/2011, em seu art. 36, § 1º: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo”.

³⁴ “Each super-platform, like a coral reef, attracts to it an ecosystem of software developers and app and accessory makers. [...] Within these ecosystems, competition is along multiple dimensions. First, apps can compete with other apps on the same super-platform. For

No entanto, essas hipóteses levantadas pela literatura especializada não nos parecem decorrentes exclusivamente do acúmulo de dados e do seu uso para aperfeiçoamento de plataformas. Trata-se de condutas que necessariamente associam o acúmulo de dados com práticas comerciais específicas que, a depender das circunstâncias, podem criar, reforçar ou proteger uma posição dominante, limitando a competição no mérito com outras plataformas. A grande dificuldade aqui é distinguir certas práticas ilegítimas de inovações positivas para o consumidor, que possam gerar eficiências ainda que afetem a capacidade competitiva de terceiros (algo perfeitamente razoável em qualquer mercado competitivo).

O acúmulo e o armazenamento de dados também podem ser um artifício utilizado para que as firmas dominantes empreendam discriminação de preços. Com o acúmulo de dados, as empresas possuem informações sobre os hábitos dos consumidores e usuários que permitem a estipulação de preços diferentes para grupos distintos de consumidores – e, no limite, para cada consumidor individualmente.³⁵ A partir disso, a companhia pode lucrar mais com consumidores que se mostram dispostos a pagar um valor mais alto para dado produto ou serviço.³⁶ Em mercados de *big data*, as possibilidades

example, Kayak’s travel reservation app competes with Orbitz’s app. Second, apps on one super-platform can compete with apps on a rival super-platform; an app may be available on both the Apple and Android super-platforms. Third, independent apps can compete with the super-platform itself. Finally, Apple’s and Google’s super-platforms can compete against each other for app developers and users” (EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2016. p. 149).

³⁵ Ver, nesta obra, o capítulo “Discriminação de preços na economia digital”, de Esther Collet Janny Teixeira Biselli.

³⁶ “There are at least two kinds of differential pricing. The first, ‘risk-based pricing’, occurs when a business prices a product based on the cost of providing it to different groups of buyers. Risk-based pricing is common in the insurance and credit markets, and has been used for many years. The second, ‘value-based’ pricing, occurs when a business prices a product based on buyers’ willingness to pay. By doing so, the company can skim more of the consumer-surplus for the benefit of its own profits” (ECORYS. *Big data and*

e ferramentas para aplicação de preços personalizados a partir de hábitos de consumo são muito mais amplas.³⁷ Como sempre, o impacto da discriminação de preços é ambíguo, pois ela pode garantir eficiência alocativa (expansão de *output*, com atendimento de mais consumidores) ao mesmo tempo que transfere bem-estar do consumidor para o produtor, gerando um efeito distributivo negativo.³⁸

Por fim, a colusão em mercados digitais também passa a ter novos contornos, principalmente com o uso de algoritmos. Ezrachi e Stucke apontam que o uso de *big data* e *big analytics* contribui para o aumento do volume e velocidade de informação compartilhada entre competidores, além de tornar mais fácil detectar desvios de preço e constatar se algum membro do cartel está desrespeitando o acordo. Os autores descrevem quatro cenários possíveis em que o uso do *big data* contribui para a colusão: (i) humanos que decidem pela colusão e utilizam os computadores para executar o acordo; (ii) uso de um único algoritmo capaz de determinar o preço cobrado por agentes econômicos, a partir de acordos verticais, similar a um cartel *hub-and-spoke*; (iii) colusão tácita, sem acordo expresso entre agentes econômicos, mas levada a cabo pelos algoritmos que monitoram preços constantemente; e (iv) inteligência artificial operando em mercados transparentes, sem deixar traços de colusão.³⁹

competition. Rotterdam, 2017. p. 40. Disponível em: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/06/13/big-data-and-competition/big-data-and-competition.pdf>).

³⁷ Sobre o assunto: CHICAGO BOOTH REVIEW. Is personalized pricing the future of shopping? *The Big Question Podcast*, 27 fev. 2018.

³⁸ “Price discrimination is known to have ambiguous welfare effects – in some cases prices discrimination raises total economic surplus and in others it has a negative effect” (VICUSI, W. Kip *et al.* *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998. p. 252).

³⁹ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2016. p. 36.

Há uma literatura crescente sobre o tema de colusão em mercados de dados, e essa situação certamente tomará a agenda das autoridades antitruste em um futuro próximo. A OCDE aponta que a análise de algoritmos capazes de promover o autoaprendizado (*self-learning*) é um dos maiores desafios já enfrentados por autoridades da concorrência.⁴⁰

Tem-se, portanto, que as teorias de dano tradicionais podem ser também aplicadas nos mercados digitais, mas a partir de novas perspectivas. A ambiguidade de inovações positivas e impactos negativos sobre a competição no mérito tende a tornar a análise mais complexa, exigindo cautela dos intérpretes. Além disso, como já apontado neste capítulo, o que deve pautar a ação da autoridade antitruste é a verificação ou não se o instrumental do direito da concorrência é o mais adequado para combater o dano verificado em cada ocasião e se os remédios aplicáveis são os mais efetivos.

3.3.4 | DADOS E BARREIRAS À ENTRADA

Outro campo de discussão diz respeito à potencial barreira à entrada que a coleta de dados pode representar para um certo mercado. Nesse tópico, há grande fricção entre diferentes autores sobre o tema.

Alguns, como Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, alegam que a intensa coleta de dados pode produzir efeitos deletérios à concorrência. Para esses autores, deixar que grandes companhias controlem volumes relevantes de dados tende a elevar as barreiras à entrada, visto que os novos competidores não possuem o volume necessário de dados para competir em igualdade de condições com os incumbentes. Nessa linha, defendem a necessidade de maior atuação da autoridade antitruste e de mudança na metodologia de análise em atos de concentração e infrações à concorrência.

Mesmo esses autores reconhecem que não há evidências empíricas capazes de provar que barreiras à entrada são invariavelmente baixas ou

⁴⁰ OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf). Acesso em: 7 maio 2020.

altas em mercados digitais. A análise das barreiras à entrada em mercados lastreados em grandes volumes de dados deve ser feita de maneira casuística. O ponto principal de Stucke e Grunes está em ressaltar que em plataformas digitais se faz necessário um olhar que vá além das concepções tradicionais do que seriam barreiras à entrada. Os autores apontam que essa falha na análise por parte das autoridades concorrenciais tende a beneficiar as partes de um ato de concentração ou uma empresa dominante em mercados de plataformas digitais, contribuindo para gerar falsos negativos (*underenforcement*).⁴¹

Em contrapartida a essa visão distópica, há diversos estudos mais otimistas. Pode-se citar, por exemplo, os trabalhos de David Evans. Em artigo sobre a dinâmica da competição em plataformas *on-line*, Evans afirma que mesmo as empresas monopolistas jamais podem se acomodar nesse ambiente, pois o grande volume de dados não representa qualquer barreira à entrada. Ao contrário das ideias de Stucke e Grunes, Evans defende que os usuários geralmente possuem a capacidade de *multihoming*, podendo efetuar uma mudança rápida e quase sem custos entre plataformas.⁴²

Interessante ponto levantado por Evans está no fato de que as plataformas digitais sofrem constante pressão de inovações disruptivas, de forma

⁴¹ “Our point here is that competition authorities in assessing mergers and monopolistic abuses will have an incomplete picture of the market realities if they consider only the traditional entry barriers and traditional network effects. They must be aware of several additional data-driven network effects, which can lead to market concentration and dominance” (STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 161).

⁴² “The prevalence of multihoming, and switching, between platforms is inconsistent with the claim that data provides a substantial barrier to entry. Time and again new platforms arise, with no data at inception, and acquire consumers and obtain data over time. That doesn’t mean that data isn’t valuable. It does strongly suggest that lack of data doesn’t pose significant obstacles to online platforms that develop valuable products that consumers like” (EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*, 2017, p. 13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438&download=yes).

que o acúmulo de dados não se mostra como uma garantia de conforto para os incumbentes. O autor argumenta que a própria evolução das plataformas digitais nas últimas décadas demonstra como os dados não representam barreiras à entrada. Algumas plataformas que hoje podem ser consideradas dominantes em seus segmentos não possuíam qualquer volume de dados quando iniciaram suas atividades e deslocaram os líderes de mercado à época. Como exemplo, Evans lembra que a AOL foi superada pela Yahoo na década de 1990, em que pese a primeira ter maior número de usuários, conjunto de dados e marca mais forte. Outro exemplo citado recorrentemente é como MySpace ou Orkut foram superados pelo Facebook como rede social. Assim, apesar de os dados poderem trazer vantagens competitivas para plataformas digitais, algumas evidências históricas contrariam a afirmação de que dados, de forma geral, representam obstáculos intransponíveis para os entrantes.⁴³

Os dados são, em verdade, bens públicos, em sua acepção econômica, isto é, são bens não exclusivos e não rivais. Ao contrário dos bens comuns, os bens públicos (o ar puro, por exemplo) podem ser utilizados por qualquer um sem que outros sejam excluídos e sem que a utilidade do bem seja diminuída.⁴⁴ Essa definição aplica-se em grande medida para dados de diferentes tipos. A uma, o uso do dado de um usuário por uma plataforma não impede o uso do mesmo dado por outras; a duas, o uso desse dado por uma plataforma não diminui sua utilidade para outra. Isto é, os dados fornecidos por um usuário de plataformas digitais podem ser replicados em outras plataformas, mas sem reduzir sua utilidade para nenhuma das duas

⁴³ “Although it is possible that data provides some online platforms with important advantages, which could result in barriers to entry, the historical evidence refutes the proposition that data, as a general matter, provides online platforms with permanent advantages or places insurmountable obstacles before new firms” (EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*, 2017, p. 36. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438&download=yes).

⁴⁴ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage CTP, 2013. p. 237.

plataformas. Ambas as plataformas poderiam extrair o mesmo valor do dado disponibilizado pelo usuário em diferentes contextos.

Sokol e Comerford explicam que os dados podem ser comparados aos insumos (*inputs*) de mercados tradicionais. Todavia, a natureza não rival e não excludente dos dados os coloca em uma categoria diferente em relação aos outros insumos. A coleta de certos dados por uma plataforma digital específica não impede que outro agente econômico do mesmo mercado também tenha acesso aos mesmos dados. Aliás, o fato de usuários atuarem em múltiplas plataformas (*multihoming*) faz com que possam compartilhar o mesmo dado (e.g., endereço, preferências) várias vezes. Dessa forma, não se pode dizer que há exclusividade no fornecimento de dados na internet, e os usuários não estão atrelados a uma ou outra plataforma de maneira única.⁴⁵

Essa possibilidade de uso simultâneo de dados por diversas plataformas contribuiria, assim, para a expansão de mercados de plataformas digitais, pois o incumbente não deteria o monopólio de uso dos dados. Entrantes sempre poderiam lançar mão de estratégias alternativas de coleta e processamento de dados. Desde essa perspectiva, não haveria como dizer que o incumbente teria proteção duradoura contra entrantes devido tão somente ao volume de dados acumulado em sua plataforma.

Evidentemente, as circunstâncias de cada mercado digital podem trazer peculiaridades que o aproximem da visão mais distópica *supra* ou da visão mais otimista. Essa análise parece essencialmente casuística, sendo pouco útil sua generalização de antemão.

CONCLUSÃO

Este capítulo buscou situar a posição do direito da concorrência em face de outros microssistemas jurídicos, identificando que seu papel está associado

⁴⁵ SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Does antitrust have a role to play in regulating big data?. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (ed.). *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 6.

especificamente à defesa da dinâmica competitiva e da eficiência nos mercados. Nesse contexto, não cabe ao antitruste solucionar preocupações associadas exclusivamente a abusos contratuais ou privacidade, assuntos em relação que o direito do consumidor e o nascente direito da proteção de dados pessoais estão mais bem equipados para abordar.

Além disso, os três microssistemas não podem ser pensados de maneira estanque. Cada um deles está baseado em racional diferente de regulação e intervenção, além de lançarem mão de diferentes formas de proteção de seus objetos. Mas, à medida que eles interagem entre si na definição do ambiente de negócio em que as plataformas digitais se desenvolvem, essa interação dinâmica faz com que as decisões tomadas em um subsistema se reflitam e afetem outros subsistemas. Assim, por exemplo, uma regulação mais restritiva sobre dados pessoais pode elevar barreiras à entrada e afetar a dinâmica competitiva; uma intervenção antitruste específica pode afetar a coleta e o compartilhamento de dados.

Nesse sentido, é essencial identificar os limites de atuação de cada microssistema, para que soluções utilizadas por um microssistema para resolver seus problemas específicos não sejam transplantadas para outro sem a devida ponderação. Também é necessário ter em conta os impactos recíprocos de um microssistema no outro. Uma vez definido o espaço do direito antitruste, procuramos identificar algumas questões concorrenciais relevantes relacionadas a *big data*. Nesse ponto, é preciso ter em conta que os debates estão apenas começando. A compreensão dos diferentes tipos de utilização dos dados (e.g., dados como *input* e dados como *output*), a adequação do instrumental analítico tradicional aos novos mercados (e.g., ajustes na definição de mercado relevante) e a discussão de novas teorias de dano, incluindo, mas não se limitando ao possível aumento de barreiras à entrada em circunstâncias específicas, são alguns dos temas candentes do momento. Até agora, o que estamos vendo é uma proliferação de novas questões, cujas respostas exigem uma análise altamente casuística. Com o passar do tempo, pode ser que consigamos estabelecer métodos e teorias mais gerais, capazes de lidar com os problemas do nosso tempo.

Até lá, parece importante que as autoridades de defesa da concorrência ajam com cautela ao apreciarem novas questões relacionadas ao *big data*. Uma atuação demasiadamente interventiva e sem o devido cuidado pode incorrer em consequências indesejadas, com o potencial de se tornar verdadeiro desincentivo à inovação. De outra parte, com o desenvolvimento desses mercados digitais, não há dúvida de que teremos mais situações em que alguma intervenção antitruste pode ser desejável para manter a dinâmica competitiva saudável. A grande questão é como atingir esse equilíbrio em contextos altamente dinâmicos.

REFERÊNCIAS

- BIG data. *Cambridge Dictionary*. Cambridge: Cambridge University Press, [s.d.]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/big-data>. Acesso em: 6 maio 2020.
- CHICAGO BOOTH REVIEW. Is personalized pricing the future of shopping? *The Big Question Podcast*, 27 fev. 2018.
- DE MAURO, Andrea *et al.* A formal definition of big data based on its essential features. *Library Review*, v. 65, n. 3, 2016.
- ECORYS. *Big data and competition*. Rotterdam, 2017. Disponível em: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/06/13/big-data-and-competition/big-data-and-competition.pdf>.
- EVANS, David S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438&download=yes.
- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2016.
- FRAZÃO, Ana. *Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores*. *Jota*, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018>. Acesso em: 6 maio 2020.
- FTC. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, in the matter of Google/DoubleClick, FTC File n. 071-0170*.

- FTC. *Statement of the FTC concerning Google/DoubleClick, FTC File n. 071-0170*.
- GREENLEAF, Graham. Global tables of data privacy laws and bills. *Privacy Laws & Business International Report*, v. 145, 2017.
- HARBOUR, Pamela Jones; KOSLOV, Tara Ian. Section 2 in a Web 2.0 World: an expanded vision of relevant product markets. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, 2010.
- KATZ, Michael; SALLET, Jonathan. Multisided platforms and antitrust enforcement. *The Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, 2018.
- LEMOS, Ronaldo. Começa uma nova era para o tratamento de dados no Brasil. *Folha de S.Paulo*, 12 jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/comeca-uma-nova-era-para-o-tratamento-de-dados-no-brasil.shtml>. Acesso em: 6 maio 2020.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage CTP, 2013.
- OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf). Acesso em: 7 maio 2020.
- OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018.
- OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, 2015.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; LANCIERI, Filippo M. Towards a layered approach to relevant markets in multi-sided transaction platforms. *Antitrust Law Journal*, [no prelo]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408221. Acesso em: 6 maio 2020.
- RAUL, Alan Charles. *The privacy, data protection and cybersecurity law review*. 4. ed. London: The Law Reviews, 2017.
- ROSS, Alec. *The industries of the future*. New York: Simon & Schuster, 2016.
- SIVINSKI, Greg; OKULIAR, Alex; KJOLBYE, Lars. Is big data a big deal? A competitive law approach to big data. *European Competition Journal*, v. 13, n. 2-3, 2017.
- SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. Does antitrust have a role to play in regulating big data?. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (ed.). *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (coord.). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

THE WORLD'S most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 mar. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 6 maio 2020.

VISCUSI, W. Kip *et al.* *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1998.

4. ANTITRUSTE E PRIVACIDADE

Daniel Favoretto Rocha
Marina Chakmati

INTRODUÇÃO

No contexto das preocupações envolvendo o conflito de valores entre a proteção à intimidade e a livre concorrência, a questão da privacidade ganha destaque. Não bastasse a complexidade dessa análise por si só, o direito da concorrência está atualmente diante de um novo desafio: lidar com os mercados digitais, onde questões de privacidade são cada vez mais presentes.

Dentre as características dos mercados digitais, citam-se a geração, a transferência e o processamento de dados em volumes expressivos. A coleta desses dados pode ser feita de forma consentida ou não pelo internauta.

Fato é que, muitas vezes, os dados de natureza pessoal acabam sendo coletados mesmo sem a anuência expressa do usuário, gerando desconforto e vulnerabilidade em relação à privacidade e à intimidade do indivíduo. Mesmo quando há consentimento, ele muitas vezes não é completamente informado, pois se trata apenas de um aspecto adicional na aceitação de termos de uso bastante detalhados e longos.

Em que pese essa coleta abrangente de dados, com possíveis implicações à esfera privada e íntima do usuário, tais informações têm sido capazes de gerar grande valor econômico a muitos negócios, o que revela o valor dos dados nesses mercados.

Até pouco tempo atrás, a forma encontrada pelas empresas para coletar informações era solicitar que seus clientes preenchessem simples formulários de cadastro, que contavam com determinadas informações pessoais. Contudo, com o surgimento da internet, isto é, essa rede de computadores conectados por todo o mundo, que troca dados e mensagens utilizando um protocolo comum, a coleta de dados ocorre em

atividades triviais¹ e, na maioria das vezes, sem o conhecimento expreso e informado do titular desses dados.

Esse assunto veio à tona com mais intensidade recentemente, em razão do episódio de uso indevido de dados pelo Facebook e pela Cambridge Analytica,² bem como, em menor grau de repercussão e de relação com atividade empresarial, em razão da divulgação do escândalo de dados por WikiLeaks e, mais tarde, por Edward Snowden. Esses casos, em maior ou menor grau, contribuíram para que hoje se dê maior atenção ao uso de dados por agentes do mercado.³

O tráfego de dados tenderá a ser ainda maior nos próximos anos, ante a gradual implementação da chamada internet das coisas (IdC) (*internet of things* [IoT]), que consiste na rede de objetos e dispositivos interligados para cumprir a função de facilitação das atividades cotidianas das pessoas.⁴ Daí advêm os projetos de cidades inteligentes e de digitalização de

- 1 MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *Big data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. p. 7. Disponível em: http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20312/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Aluna_Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro_Mestrado%20em%20Direito%20da%20Regula%C3%A7%C3%A3o_19.02.2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 maio 2020.
- 2 Para saber mais, ler: CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. *The Guardian*. 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em: 9 maio 2020.
- 3 Sobre esse assunto, recomendamos a leitura, nesta obra, do capítulo “*Big data* entre três microsistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência”, de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Bruno Polonio Renzetti, a respeito da inter-relação entre *big data*, privacidade e defesa da concorrência.
- 4 Pereira Neto *et al.* definem internet das coisas como “a expressão que busca designar todo um conjunto de novos serviços e dispositivos que reúnem ao menos três elementos: conectividade, uso de sensores/atuadores, e capacidade computacional de processamento e armazenamento de dados” (PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; DOUEK, Daniel;

bens domésticos,⁵ dentre vários outros. Com isso, as preocupações de privacidade e uso de dados serão ainda maiores.

No cotidiano, enquanto cidadãos se locomovem em um centro urbano, eles se deparam com diversos dispositivos tecnológicos capazes de registrar suas exatas localizações e comportamentos, como câmeras de segurança, veículos elétricos compartilhados e *smartphones*.

Por meio de algoritmos específicos, uma simples pesquisa na plataforma de buscas do Google ou uma “curtida” em um comentário no Facebook, por exemplo, são suficientes para dar ensejo a um cruzamento de dados sobre o indivíduo, capaz de gerar uma quantidade relevante de informações sobre a pessoa. Essa atividade vem contribuindo para a agregação e processamento de um volume cada vez maior de dados, gerando o fenômeno comumente denominado *big data*.

Do ponto de vista concorrencial, essa coleta e processamento de dados pode despertar mais atenção quando a empresa responsável detiver posição dominante no mercado,⁶ em razão de possíveis impactos à concorrência.

ADAMI, Mateus Piva; GUARDIA, Renata Borges La; LEMOS, Ronaldo. O direito da internet das coisas: desafios e perspectivas de IoT no Brasil. *Jota*, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-da-internet-das-coisas-desafios-e-perspectivas-de-iot-no-brasil-09012018>. Acesso em: 29 jul. 2018).

- 5 Para saber sobre projetos relacionados à internet das coisas, ver PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; DOUEK, Daniel; ADAMI, Mateus Piva; GUARDIA, Renata Borges La; LEMOS, Ronaldo. O direito da internet das coisas: desafios e perspectivas de IoT no Brasil. *Jota*, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-da-internet-das-coisas-desafios-e-perspectivas-de-iot-no-brasil-09012018>. Acesso em: 29 jul. 2018. Ver, também: DONEDA, Danilo. Um panorama de proteção de dados para as cidades inteligentes. *Jota*, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-panorama-de-protecao-de-dados-para-as-cidades-inteligentes-04072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- 6 Segundo o art. 36, § 2º, da Lei n. 12.529/2011, presume-se a posição dominante da empresa quando esta detiver participação de mercado igual ou maior a 20% ou, ainda, conforme indicado no *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*, do Cade, quando a empresa integrar as quatro maiores empresas do mercado e, conjuntamente, detiverem 75% ou mais do mercado relevante.

Com a redução no custo de coleta, transmissão, armazenamento e processamento de dados, a tendência é que um número cada vez maior de empresas utilize maior quantidade de dados para auxiliá-las na oferta de bens e serviços. Isso demonstra que, embora a tecnologia e as plataformas digitais tenham criado novos mercados, mercados tradicionais também incorporam a lógica de coleta e processamento de dados para obter vantagem competitiva.

Esse é o objeto deste capítulo, que analisa a relação entre privacidade e antitruste. O capítulo possui dois escopos: (i) mapear o debate internacional a respeito da relação entre privacidade e antitruste, apontando para diferentes interpretações que a comunidade jurídica está dando aos impactos das plataformas digitais sobre a concorrência; e (ii) identificar qual a intersecção entre privacidade e antitruste, separando o que entendemos ser do campo do direito regulatório e o que é do campo da defesa da concorrência.

Três são os principais diagnósticos deste capítulo, que, embora pareçam elementares, são objeto de intensa discussão acadêmica mundo afora e, muitas vezes, passam despercebidos nesse debate.

Primeiro, a particularidade dos mercados digitais é o fato de que dados passam a ser um ativo que confere vantagem competitiva aos agentes que os detêm.⁷

Segundo, a novidade dos mercados digitais, em relação aos mercados tradicionais, é o fato de que as novas tecnologias permitem o acúmulo e processamento de dados em maior quantidade e rapidez e a menor custo. Com essa capacidade tecnológica, passou a ser tecnicamente viável e economicamente racional concorrer por dados pessoais.⁸ Sem essa capacidade tecnológica, o custo de coleta e processamento de dados seria maior,

⁷ Para fins de esclarecimento, entendemos mercados digitais como mercados nos quais o bem ou serviço ofertado é virtual ou possui utilidade em razão de plataforma virtual.

⁸ Apesar da novidade dos mercados digitais, mercados tradicionais tendem, cada vez mais, a incorporar essa lógica a sua dinâmica competitiva, em razão da gradual digitalização das atividades econômicas.

razão pela qual a concorrência entre *players* não teria o foco hoje visto em dados pessoais. Além disso, a dinâmica entre os *players* desses mercados faz com que muitos deles dependam dos chamados efeitos de rede⁹ (*network effects*) para se manterem competitivos, o que pode servir como uma barreira à entrada dos *players* que não alcançam uma massa crítica mínima.

Terceiro, o campo da defesa da concorrência deve analisar essa dinâmica essencialmente sob a perspectiva de eficiência econômica e da vantagem competitiva.

A privacidade, por si só, embora seja de extrema relevância jurídica, deve ser uma preocupação primordial da autoridade regulatória competente, não da autoridade antitruste. Ainda que haja intersecção entre privacidade e concorrência e que possa ser desejável que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) atue em casos nos quais a privacidade se apresenta como diferencial competitivo não preço, enfrentar problemas de privacidade que não alteram a concorrência extrapola os fins do antitruste e a competência, no caso, do Cade. Com o que discutiremos neste capítulo, essa diferenciação ficará um pouco mais clara.

Para tanto, o capítulo foi dividido em três tópicos centrais, além da presente introdução e da conclusão, ao final. O primeiro tópico será um mapeamento do debate internacional existente hoje, que discute a relação entre privacidade e antitruste. Nesse debate, há diferentes posições a respeito do assunto, permitindo entender diferentes perspectivas sobre o objeto deste capítulo. O segundo tópico será um aprofundamento dessa relação, com base em *leading cases* de jurisdições estrangeiras. Por fim, o terceiro tópico trará esse debate ao Brasil, identificando as poucas ocasiões nas quais o Cade abordou mais diretamente a intersecção entre privacidade e defesa da concorrência.

9 Os efeitos de rede surgem quando um produto ou serviço é valorizado em razão de um aumento em seu uso por outras pessoas. Ou seja, o produto ou serviço torna-se mais atraente e útil ao consumidor, na medida em que mais usuários aderem ao seu uso.

4.1 | **DO PANORAMA INTERNACIONAL ENVOLVENDO A POLÍTICA ANTITRUSTE E A PRIVACIDADE**

Tendo em vista o valor expressivo atribuído aos dados no contexto de mercados digitais, discute-se em que medida grandes quantidades de dados confeririam a certas companhias uma vantagem competitiva ilegítima em relação a seus concorrentes.

Neste tópico, faremos um breve mapeamento do atual debate internacional que trata da relação entre privacidade e antitruste. A utilidade desse mapeamento, além de permitir que o leitor tenha acesso a esse debate, será a discussão dos dilemas da intersecção entre privacidade e a defesa da concorrência, a ser aprofundada nos tópicos seguintes.

Ao apresentar as diversas posições adotadas na comunidade jurídica internacional (acadêmicos, advogados e *policy makers*),¹⁰ este tópico já articulará os conceitos relacionados à referida intersecção.

Após pesquisa sobre o assunto, foi possível constatar os seguintes aspectos desse debate. Primeiro, a discussão sobre privacidade e concorrência não está restrita à comunidade jurídica, pois entre os autores e debatedores desse tema há, também, economistas e administradores, não apenas juristas.¹¹ É um assunto, portanto, que está sendo explorado sob diversas perspectivas e em diversos campos de estudo.

Um segundo aspecto é que o caminho percorrido pela literatura especializada, até chegar ao debate atual sobre a intersecção entre privacidade e antitruste, não vem de muito longe. Apenas recentemente esse assunto pautou a agenda de parcela significativa da comunidade jurídica, provavelmente em razão da velocidade com que esses mercados se desenvolveram e da natureza recente dos casos e projetos mencionados na introdução deste capítulo.

¹⁰ Cabe fazer um esclarecimento. Sobre o mapeamento feito neste tópico, vale esclarecer que, embora tenhamos recorrido a fontes e autores da comunidade de economistas, seus entendimentos podem ser estendidos à comunidade jurídica, em razão do constante diálogo entre ambos os grupos e do esparso uso da literatura econômica no direito antitruste.

¹¹ Exemplos de personalidades que já trataram desse assunto e que possuem formação em áreas diversas da jurídica são Brian Kahin e Shankar Iyer.

A relação entre privacidade e antitruste somente passou a ser objeto de debate após a dinâmica competitiva dos mercados digitais ser mais compreendida, destacadamente a importância dos dados para esses mercados. O estudo desses mercados se dava, há uma década, no âmbito de trabalhos acadêmicos pontuais,¹² até ser objeto de um debate mais difundido, conforme se pode concluir da conhecida publicação no jornal *The Economist*, em 2017.¹³

A ascensão desse tema na comunidade antitruste extrapola o ambiente acadêmico e pode ser notada, também, na atuação de autoridades de diversas jurisdições ao redor do mundo, que, recentemente, promoveram investigações contra grandes empresas de tecnologia – e.g., a investigação da *Bundeskartellamt* contra o Facebook, na Alemanha,¹⁴ e as investigações promovidas pela Comissão Europeia¹⁵ e pela *Federal Trade Commission* (FTC)¹⁶ contra o Google.

O terceiro aspecto é que, nesse debate, ainda há pouca produção científica ou acadêmica advinda do Brasil, sendo claramente predominante o

¹² Cita-se como exemplo: PICKER, Randal C. Competition and privacy in Web 2.0 and the cloud. *Northwestern University Law Review Colloquy*, v. 103, 2008. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr_online/125/. Acesso em: 9 maio 2020.

¹³ The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹⁴ Para saber mais, ver: BUNDESKARTELLAMT. Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive. 19 dez. 2017. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html. Acesso em: 9 maio 2020.

¹⁵ Para saber mais, ver: COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. 27 jun. 2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

¹⁶ Para saber mais, ver: <https://www.ftc.gov/public-statements/2015/03/statement-chairwoman-edith-ramirez-commissioners-julie-brill-maureen-k>. Acesso em: 9 maio 2020.

engajamento de interlocutores de outros países, incluindo Estados Unidos, Índia, Inglaterra e Alemanha. Não à toa, há relativamente poucos materiais sobre o assunto em português, ainda menos de origem brasileira.

Essa situação tende a mudar, em razão, por exemplo, das recentes investigações do Cade sobre grandes empresas de tecnologia¹⁷ e da recente aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹⁸ (Lei n. 13.709/2018).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais fomentará esse debate, pois pode trazer impactos positivos e negativos à concorrência.¹⁹ Não cabe detalhar os motivos, por extrapolar o escopo deste capítulo, mas cabe apontar exemplos desses possíveis impactos concorrenciais, como (i) as exigências de infraestrutura de proteção a dados pessoais, podendo elevar as barreiras à entrada de novos concorrentes, (ii) o maior rigor sobre a atuação das incumbentes, grandes empresas de tecnologia; e (iii) o direito dos usuários à portabilidade de dados pessoais, podendo ampliar a competição entre plataformas e/ou reduzir os incentivos à inovação.

De forma simplificada, é possível dividir esse debate internacional em três posições. Uma delas consiste na visão de que o intenso uso de dados é uma questão de privacidade, não devendo ser objeto de qualquer escrutínio antitruste. Em outras palavras, a privacidade seria um campo distante do antitruste, não cabendo aproximá-los.

¹⁷ Citam-se, principalmente, o Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94 e o Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19, cujos representados foram a Google Inc. e a Google Brasil Internet Ltda.

¹⁸ Para saber mais dos potenciais impactos dessa lei, ler: MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada. *Jota*, 14 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.

¹⁹ Para saber mais sobre o assunto, ver: FRAZÃO, Ana. O alcance da LGPD e repercussões para a atividade empresarial. *Jota*, 5 set. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-alcance-da-lgpd-e-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-05092018. Acesso em: 11 jan. 2019.

A segunda posição reconhece que há intersecção entre privacidade e antitruste, mas entende que as autoridades de defesa da concorrência devem ser minimalistas sobre o assunto, para evitar a inibição da inovação e uma expansão indevida do mandato original dessas autoridades. Os defensores dessa corrente entendem que a tradicional política antitruste é suficiente para lidar com abusos decorrentes do uso de dados de maneira anticompetitiva, ainda que alguns ajustes na moldura analítica e remédios sejam necessários.

Para tornar esse cenário mais concreto, vale mencionar exemplos de autores que adotam essas primeiras posições. Joe Kennedy defende que as companhias que detêm quantidade expressiva de dados não representam uma ameaça à competição, mas sim uma importante fonte de inovação. A grande quantidade de dados coletados tem sido essencial para fomentar inovações econômicas importantes, incluindo diagnósticos médicos, assistentes digitais e segurança pública.²⁰ Em sua perspectiva, as políticas antitruste deveriam incentivar a coleta de dados por essas companhias, e não limitá-la.²¹

Thomas Lenard segue visão semelhante, entendendo que as gigantes de tecnologia têm grandes bases de dados em razão de terem tido sucesso no mercado, não o contrário. Para ele, restringir o uso de grandes bases de dados seria, basicamente, desencorajar o sucesso normal de mercado.²²

A terceira posição também reconhece que há referida intersecção, mas entende que a abordagem das autoridades antitruste sobre o assunto deve

²⁰ KENNEDY, Joe. The myth of data monopoly: why antitrust concerns about data are overblown. *Information, Technology & Innovation Foundation (ITIF)*, mar. 2017, p. 3.

²¹ Para tanto, o advogado ressalta que dados são bens não rivais, ou seja, o uso dos dados por uma companhia não reduz a quantidade de dados disponíveis para outras. Aqui, referido autor aproxima a natureza dos dados do conceito econômico de bem público, que consiste em um bem cujo consumo não impede o consumo concomitante de terceiros. Cf. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. 3. ed. Tradução: Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 411.

²² TIKU, Nitasha. Digital privacy is making antitrust exciting again. *Wired*, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.wired.com/2017/06/ntitrust-watchdogs-eye-big-techs-monopoly-data/>. Acesso em: 10 maio 2018.

ser mais ativa do que a abordagem atual. Em outras palavras, essa corrente entende que o campo da privacidade e o do antitruste são mais próximos, devendo ser objeto de maior controle antitruste do que se tem atualmente.

Entre os que adotam esse terceiro posicionamento, Stucke e Grunes consideram que o antitruste deveria contemplar as preocupações decorrentes do acúmulo de dados, uma vez que o simples ato de coleta de grandes quantidades de dados permite que a empresa detenha vantagem competitiva ilegítima em relação aos demais concorrentes.²³

Ressalta-se, desde já, que, conforme as posições analisadas *supra*, este capítulo não é o primeiro a identificar que a concorrência pode ir além do preço e se dar no âmbito dos termos de privacidade. Há, nesse debate, autores que argumentam que a privacidade é uma variável competitiva,²⁴ defendendo, portanto, um ponto de convergência entre o campo do antitruste e o campo da privacidade.

4.2 | **DA INTERSECÇÃO ENTRE A POLÍTICA ANTITRUSTE E A PRIVACIDADE**

4.2.1 | **DADOS PESSOAIS COMO ATIVOS QUE CONFEREM VANTAGEM COMPETITIVA**

Em razão do avanço da tecnologia, mercados passaram a acessar mais dados de seus consumidores, com maior frequência e capacidade de armazenamento. Cada curtida ou comentário em uma rede social, cada vídeo assistido *on-line*, cada compra realizada em plataforma de *e-commerce* ou cada busca feita em *site* de busca pode revelar muito sobre o usuário.

²³ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. New York: Oxford University Press, 2016.

²⁴ Ver: BATCHELOR, Bill; MURRAY, Grant. Internet of things: antitrust concerns in the pipeline? *Kluwer Competition Law Blog*, 12 maio 2016. Ver, também: FIDELIS, Andressa L. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, Cade, v. 5, n. 2, p. 189-219, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/354/175>. Acesso em: 9 maio 2020.

Por isso, mercados digitais se pautam em um modelo de negócio baseado na individualização da oferta do bem ou serviço ao consumidor (i.e., customização da oferta) e na oferta a preço zero, o que a literatura especializada chama de *zero-price markets* e consiste no fenômeno no qual o consumidor final acessa o bem ofertado a preço zero.²⁵

Embora não seja o foco deste capítulo, é importante notar que o funcionamento de mercados a preço zero se pauta nos dados como ativos: a oferta gratuita do produto ou serviço só é viabilizada em razão dos ganhos que o ofertante tem em usar os dados adquiridos do mercado consumidor.

Seja por meio da comercialização dos dados com terceiros, seja por meio da “locação” de espaços *on-line* destinados à publicidade, o uso de dados permite a essas plataformas ofertarem seus produtos ou serviços a preço reduzido ou gratuito,²⁶ ampliando o acesso de usuários.

Além dessas duas utilidades de dados pessoais a plataformas digitais, dados também têm a função de *inputs* na oferta do produto ou serviço, i.e., maximizam o valor do produto ou serviço ao consumidor, pois tornam seu uso mais customizado e personalizado.²⁷ Exemplo disso é o filtro feito pelo Google²⁸ e pela Amazon, nas buscas realizadas pelo usuário, com base em suas preferências pessoais.

O uso de dados pessoais, ao personalizar e, possivelmente, maximizar a experiência dos usuários *on-line*, pode servir de diferencial competitivo entre ofertantes.

²⁵ Para saber mais sobre o assunto, recomendamos a leitura, nesta obra, do capítulo “*Zero-price markets* e seus desafios para a análise concorrencial”, de Marcela Abras Lorenzetti e Antonio Bloch Belizario, a respeito de *zero-price markets*.

²⁶ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 156-157, 2015.

²⁷ BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market as a tool for a case by case analysis at the digital economy: could the EU decision at Facebook/WhatsApp merger have been different? *Ascola Conference*, 6 nov. 2017, p. 12. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064795. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁸ Para saber mais sobre os filtros do Google, ver: GRIMMELMANN, James. The Google dilemma. *New York Law School Law Review*, v. 53, p. 939-950, 2009.

Por esses motivos, dados são ativos que conferem vantagem competitiva aos agentes desses mercados. Esta é a primeira intersecção entre privacidade e antitruste: a proteção de dados pessoais (privacidade) pode entrar em conflito com os interesses econômicos dos agentes que competem no mercado, pois o direito à privacidade pode limitar acesso a dados pessoais, que hoje são ativos competitivamente relevantes.

4.2.2 | PRIVACIDADE COMO VARIÁVEL COMPETITIVA DA OFERTA

Conforme já indicado no item 4.1. acima, a concorrência não se dá apenas no fator preço.²⁹ Em mercados digitais, nos quais dados muitas vezes servem de moeda de troca e, atualmente, os consumidores estão começando a dar mais valor aos seus dados pessoais, a privacidade pode ser objeto da própria concorrência.

A concorrência que pode se manifestar nesse aspecto da oferta é a diferenciação entre termos de uso em que os tratamentos de dados pessoais são estabelecidos. *Sites* que possuem política de privacidade mais rigorosa tendem a obter mais acessos de usuários que valorizam sua respectiva privacidade, ao contrário dos *sites* que exigem mais autorizações de compartilhamento de dados para que o usuário tenha acesso ao serviço e utilizam esses dados de forma menos transparente.

Esta é a segunda intersecção entre privacidade e antitruste: a privacidade é uma variável competitiva. A partir dessa intersecção, seguem alguns pontos de problematização a serem levantados.

A título de exemplo, considere o seguinte exercício hipotético: recentemente, entraram dois *players* no mercado: “Manicure 24 Horas” e “Manicure Já”. Ambos, na forma de aplicativos, prestam serviços relacionados ao

²⁹ Ver: BATCHELOR, Bill; MURRAY, Grant. Internet of things: antitrust concerns in the pipeline? *Kluwer Competition Law Blog*, 12 maio 2016. Ver, também: FIDELIS, Andressa L. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, Cade, v. 5, n. 2, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/354/175>. Acesso em: 9 maio 2020.

agendamento de manicure *on-line* e têm milhões de consumidores ativos em suas redes.

Para ampliar sua fonte de receita, a companhia “Manicure Já” passa a vender os dados de seus clientes (tais como sexo, idade, histórico de agendamento, localização por GPS, etc.) para outras companhias, inclusive para a companhia “Manicure 24 Horas”. Essa prática, adotada conforme os termos de uso previamente aceitos por seus usuários, teria o objetivo de promover propagandas altamente direcionadas.

Um primeiro ponto a ser levantado é se os próprios termos de uso da “Manicure Já” seriam abusivos, ao explorar de forma ilegítima uma posição dominante. Nesse caso, a discussão seria essencialmente de uma conduta exploratória (*exploitative conduct*), em que uma empresa dominante estaria explorando indevidamente seus consumidores. Discussão similar ocorreu no processo administrativo em que a *Bundeskartellamt* (autoridade anti-truste alemã) condenou o Facebook,³⁰ em fevereiro de 2019, tendo sua decisão revertida pela corte de apelações em agosto de 2019. No entanto, vale notar que muitas jurisdições, incluindo Estados Unidos e Brasil, não tratam de condutas puramente exploratórias no âmbito de defesa da concorrência, mas sim em outros microssistemas jurídicos (e.g., direito de defesa do

30 No caso, a autoridade considerou abusiva a prática em que o Facebook coletava dados de seus usuários referentes à atividade destes fora da rede social. Mais especificamente, os dados eram coletados por meio de aplicativos de interface mantidos entre o Facebook e *sites* ou plataformas de terceiros. Após a coleta, o Facebook cruzava esses dados com aqueles coletados em sua própria plataforma, direcionando o conteúdo exposto ao usuário na rede social. A autoridade alemã condenou o Facebook, entendendo tratar-se de abuso de posição dominante, com violação às regras europeias de uso de dados para fins anticompetitivos. Para ver a síntese oficial da decisão, em inglês: BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDACC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019. E para ver a declaração do Facebook sobre a condenação: CUNNANE, Yvonne; SHANBHAG, Nikhil. Why we disagree with the Bundeskartellamt. *Facebook*, 7 fev. 2019. Disponível em: <https://newsroom.fb.com/news/2019/02/bundeskartellamt-order/>. Acesso em: 14 jun. 2019.

consumidor). Ainda na situação hipotética relatada, suponha-se que, com o passar do tempo, os consumidores do aplicativo “Manicure Já” passem a se queixar da venda de seus dados a outras companhias, com base na violação de privacidade perpetrada pela companhia.

Nesse contexto, um acordo firmado entre as duas companhias, com o objetivo de estabelecer restrições à coleta e ao uso de dados dos usuários, pode gerar impactos tanto na esfera da privacidade quanto na esfera da concorrência. Aqui, temos outros pontos de problematização, ainda objeto de debate entre diferentes posições.

Por um lado, esse acordo poderia ser interpretado como anticompetitivo pelos seguintes motivos. Ao concordarem termos de uso e níveis de proteção à privacidade aos seus usuários, as empresas poderiam estar diminuindo a concorrência no quesito privacidade, uma variável competitiva de oferta, como indicado *supra*.

Além disso, ao restringir o uso de dados, essa coordenação entre as concorrentes “Manicure Já” e “Manicure 24 Horas” poderia desincentivar a inovação ou, ainda, implicar a troca de informações sensíveis, quais sejam, informações sobre a estrutura de dados da concorrente.

Questiona-se, ainda, se esse acordo poderia aumentar as barreiras à entrada nesse mercado, caso essas duas empresas sejam dominantes. Supondo que novas plataformas entrassem nesse mercado com o objetivo de gerar receita por meio da propaganda, o acordo previamente firmado entre as concorrentes, que proibisse o trânsito de dados entre companhias para o uso em propagandas, consistiria em uma barreira à entrada desses *players*, os quais não conseguiriam desenvolver suas plataformas.

Esse exemplo ilustra a complexidade da intersecção entre privacidade e antitruste e a dificuldade de dar qualquer resposta unívoca que esgote o assunto. Por exemplo, uma suposta coordenação entre companhias, que seria desejável em termos de proteção à privacidade, poderia ser prejudicial à concorrência. Nesse sentido, a pergunta é: de que forma a política antitruste deve endereçar essas questões?

Considerando que a política antitruste se interessa por outros elementos envolvidos no ambiente competitivo que não só o elemento preço, um acordo entre companhias sobre a privacidade dos usuários levantaria preocupações. A título de exemplo, a FTC já interferiu em acordo firmado por

concessionárias em não abrir aos sábados,³¹ o que demonstra o interesse da autoridade por temas relacionados, mas não restritos ao preço.

Considerando que um dos critérios de verificação dos efeitos anticompetitivos de dada conduta é o prejuízo que esta acarretou sobre o bem-estar do consumidor,³² haveria patente intersecção entre privacidade e antitruste se a privacidade fosse considerada um elemento de qualidade do produto ofertado e, portanto, influente no critério de averiguação do bem-estar do consumidor.

Tendo em vista todas as reflexões suscitadas acima, verifica-se que a privacidade pode gerar questões difíceis para as autoridades concorrenciais. O bem-estar do consumidor, sob uma perspectiva puramente econômica, difere das discussões de vulnerabilidade da ótica contratual,³³ mas a interface entre as duas perspectivas tem trazido novos desafios, como demonstra a discussão sobre o Facebook na Alemanha.

4.2.3 | USO DA POLÍTICA ANTITRUSTE PARA COIBIR VIOLAÇÕES À PRIVACIDADE E SEUS LIMITES

O terceiro e último ponto de intersecção entre privacidade e antitruste é o valor que determinado sistema jurídico dá à privacidade, permitindo (ou não) que o direito da concorrência seja utilizado para tutelar esse bem jurídico.

Conforme explica Filippo Lancieri,³⁴ ao comparar os sistemas europeu e estadunidense, a depender de quanto determinada sociedade valora a

31 Veja: FTC. *Detroit Auto Dealers Association v. FTC*, 955 F.2d 457 (6th Cir. 1992).

32 Além de ser um critério amplamente utilizado por diversas jurisdições estrangeiras, cabe trazer aqui, como demonstração de seu uso na jurisprudência do Cade, o voto-relator do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, no Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11 (j. 22/03/2016), e o voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro, no Processo Administrativo n. 08012.000504/2005-15 (j. 23/02/2017).

33 Sobre o assunto, recomendamos a leitura, nesta obra, do capítulo “*Big data* entre três microsistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência”, de Caio Mário da Silva Pereira Neto e Bruno Polonio Renzetti.

34 LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 13-14, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018.

privacidade como bem jurídico a ser tutelado, a autoridade antitruste pode se legitimar para fiscalizar com maior rigor as grandes empresas de tecnologia e, com isso, abordar casos de violação à privacidade, construindo uma visão mais ampla da inter-relação entre privacidade e concorrência.

Tendo essas intersecções em mente, não é à toa que o tratamento da privacidade pode alterar a dinâmica competitiva dos agentes que competem no mercado. Os direitos à privacidade dos usuários e, até mesmo, de terceiros que não sejam usuários diretos podem servir de limites às decisões econômicas dos *players* do mercado.³⁵ Por meio do direito, alteram-se as regras do jogo de mercado.

Por fim, importante notar que o exemplo do acordo horizontal descrito no item 4.2.2 acima foi utilizado para ilustrar uma situação hipotética na qual o tema privacidade poderia interessar ao antitruste. Contudo, há outros exemplos que envolvem o mesmo tema e que despertam igual interesse ao antitruste. Vale abordar alguns exemplos concretos.

4.2.3.1 | *Google/DoubleClick*³⁶

A decisão do Google em adquirir o DoubleClick, em 2007, possibilitou que a FTC estudasse, publicamente, pela primeira vez, a intersecção da política antitruste com a privacidade.³⁷ A operação foi aprovada sem restrições tanto pela FTC quanto pela Comissão Europeia. Foi levantada a preocupação

³⁵ “By regulating a key input, data protection policies shape data markets. Limits on data gathering, processing and use established by regulations outline the framework in which companies operate, develop new products and compete to attract demand, among others” (LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018, p. 13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018).

³⁶ Google e Double Click. FTC. Caso: 071-0170, 20 dez. 2007.

³⁷ OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015, p. 18. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

de que a combinação de dados das partes envolvidas na operação poderia gerar distorções competitivas. Nesse sentido, entendeu-se, também, que os dados poderiam conferir ao serviço AdSense do Google vantagem competitiva em relação a serviços rivais.

Por mais que a FTC tenha reconhecido que não se pode atribuir um preço à privacidade, o que representaria uma dimensão não preço da competição, também entendeu que a política antitruste não permite que uma operação seja reprovada simplesmente com base na proteção da privacidade.

Não obstante a operação tenha sido aprovada sem restrições por quatro conselheiros, a Conselheira da FTC, Pamela Jones Harbour, proferiu voto contrário ao proferido por seus colegas, levantando preocupações justamente na interface entre concorrência e privacidade. Em primeiro lugar, a Conselheira argumentou que o resultado da análise não endereçou de modo adequado nem os interesses competitivos da sociedade, nem os interesses relacionados à privacidade dos consumidores.³⁸

De acordo com Harbour, a operação não estaria apenas concretizando a combinação dos produtos e serviços do Google e da DoubleClick, mas também representaria a combinação de quantidade elevada de dados sobre o comportamento dos consumidores na internet, reunidos por ambas as companhias. Dessa forma, a Conselheira temia que a companhia criada como resultado da operação fosse capaz de dominar a *database of intentions*.³⁹

³⁸ FTC. Google/DoubleClick. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. FTC File n. 071-0170. p. 9.

³⁹ O conceito de *database of intentions* foi descrito pela primeira vez por John Battelle como o resultado agregado de todas as buscas feitas, todas as listas de resultados obtidas e todo o caminho percorrido na internet. Nesse sentido, essa base de dados representa todas as necessidades, os desejos e as vontades que podem ser descobertos, arquivados e explorados por vários propósitos. Além disso, é certo que essa base de dados, nunca antes existente, só tende a aumentar. Battelle alerta que, apesar de essa base de dados permitir que, cada vez mais, a sociedade possa se conhecer, também há um risco de que seja manipulada de modo abusivo (BATTELLE, John. *The database of intentions*. *Jonh Battelle's*

Além disso, ainda segundo a Conselheira, os efeitos de rede auxiliariam na consolidação da posição de dominância da nova companhia, na medida em que os dados da DoubleClick, adquiridos pelo Google, seriam supostamente utilizados pela nova companhia, o que, conseqüentemente, iria aumentar os efeitos de rede, que já são relevantes para a DoubleClick e o Google.

Dessa forma, a aquisição de dados adicionais seria importante para o antitruste na medida em que elevaria a posição de dominância da nova companhia resultante da fusão.

Assim, num posicionamento polêmico, Harbour conclui que, muito embora pudesse gerar eficiências, no geral, a operação seria mais prejudicial do que benéfica ao mercado. Além disso, a operação aprovada sem restrições poderia ser uma ameaça à privacidade dos usuários.

Nesse sentido, ainda segundo o voto divergente da Conselheira, como autoridade que detém competência tanto para analisar aspectos concorrenciais quanto para analisar aspectos gerais referentes à defesa do consumidor, a FTC seria capaz de rever uma ampla gama de práticas negociais. Portanto, a autoridade deveria ter endereçado sua missão complementar de proteger tanto a concorrência quanto o consumidor ao analisar a fusão envolvendo a DoubleClick e o Google.⁴⁰

A posição da Conselheira Harbour, apesar de ilustrar preocupações na interface entre concorrência e privacidade, foi isolada no Conselho da FTC. Prevaleceu a visão de que, sem claras evidências de que a operação traria algum impacto anticompetitivo ao mercado, a autoridade deveria aprová-la sem restrições, o que de fato ocorreu por ampla maioria.

Essa posição mais cautelosa de separação entre preocupações concorrenciais e de privacidade foi defendida, por exemplo, por Maureen Ohlhausen, que posteriormente tornou-se Conselheira do Órgão. Nesse sentido, em

Searchblog, 13 nov. 2003. Disponível em: https://battellemedia.com/archives/2003/11/the_database_of_intentions. Acesso em: 13 jul. 2018).

⁴⁰ FTC. Google/DoubleClick. *Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. FTC File n. 071-0170. p. 13.

artigo sobre o tema, a Conselheira alertou que a privacidade deve ter algum papel na análise antitruste, mas este deve estar alinhado aos objetivos da concorrência (i.e., promover eficiência econômica e ampliar o bem-estar do consumidor).⁴¹ Dessa forma, o antitruste não deve ser utilizado como panaceia para endereçar as questões associadas à privacidade.

4.2.3.2 | *Facebook*⁴²

Sob a perspectiva europeia, o caso Facebook,⁴³ em análise pela autoridade antitruste alemã (i.e., *Bundeskartellamt*), merece destaque na medida em que suscitou discussões relevantes envolvendo a intersecção da política antitruste com a privacidade. Em meio a escândalos referentes a vazamento de dados, o órgão alemão demonstrou preocupação, sobretudo na forma como o Facebook adquire dados pessoais a partir de aplicativos de terceiros.⁴⁴

A autoridade sustenta que o Facebook estaria abusando de sua posição dominante ao coletar, reunir e utilizar os dados dos usuários do modo como vem fazendo. Até o momento, para que tenham acesso à plataforma, o Facebook exige que seus usuários concordem com os termos e condições impostos pela companhia, os quais autorizam que o Facebook colete dados diversos (em ambientes externos à plataforma) para uso na conta do respec-

⁴¹ OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015, p. 36. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

⁴² CoStar Group, Inc., Lonestar Acquisition Sub, Inc., e LoopNet, Inc. FTC. Caso: 111 0172, 30 ago. 2012.

⁴³ BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDAC C6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴⁴ 540 milhões de dados de usuários do Facebook ficam expostos em servidores da Amazon. *GI*, 4 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/04/04/dados-de-540-milhoes-de-usuarios-do-facebook-ficam-expostos-em-servidor.ghtml>. Acesso em: 9 maio 2020.

tivo usuário.⁴⁵

Ou seja, as disposições amplas contidas no regulamento do Facebook autorizam que a companhia colete dados em (i) seu próprio *site*; (ii) plataformas detidas pelo Facebook (tais como WhatsApp e Instagram); e, ainda, (iii) plataformas de terceiros. Os dados reunidos são, na sequência, combinados com as contas dos usuários conectados ao Facebook.⁴⁶

Com base em tais disposições, o Facebook vem coletando dados pessoais em larga escala. O maior problema identificado pela *Bundeskartellamt*, contudo, consiste no fato de que a conduta até então praticada pelo Facebook não contava com o consentimento voluntário dos usuários. O conceito de consentimento voluntário estaria associado à ideia de que o simples uso dos serviços do Facebook (i.e., o acesso à plataforma da companhia) não poderia estar condicionado ao consentimento do usuário para que os dados fossem coletados e combinados dessa maneira.

A autoridade argumentou, então, que a plataforma estaria abusando de sua posição dominante ao condicionar o acesso do usuário à concordância com as disposições referentes à coleta de dados. Dessa forma, em um primeiro momento, decidiu-se que (i) o Facebook teria autorização para continuar coletando dados das plataformas detidas pela companhia, mas não para combinar tais dados com as contas dos usuários, a menos que houvesse consentimento voluntário nesse sentido; e (ii) o Facebook só poderia coletar dados de plataformas terceiras e combiná-los às contas dos usuários caso houvesse consentimento voluntário nesse sentido.⁴⁷

⁴⁵ BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDACC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴⁶ BUNDESKARTELLAMT. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. 7 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html. Acesso em: 9 maio 2020.

⁴⁷ BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em:

Contudo, em decisão polêmica, a Corte Superior de Düsseldorf (“Corte Superior”) adotou postura veementemente contrária àquela manifestada pela *Bundeskartellamt*, de forma que reverteu a decisão inicialmente proferida.⁴⁸ Na ocasião, a Corte Superior criticou a decisão da *Bundeskartellamt* e declarou que a prática perpetrada pelo Facebook não configurava conduta anticompetitiva.

Dentre os fundamentos para tanto, a Corte Superior, ao contrário da *Bundeskartellamt*, argumentou que o usuário teria plenas condições de decidir, de forma autônoma e independente, em que medida as vantagens de se conectar a uma rede social, sem custo e financiada por publicidade, superaria as consequências do uso de dados pela rede social, de forma que a coleta de dados não estaria associada a eventual conduta anticompetitiva.

Além disso, a Corte Superior rejeitou a ideia – defendida pela *Bundeskartellamt* – de que existiria nexo causal entre a posição de mercado dominante exercida pelo Facebook e a possível violação à lei de proteção de dados.

Nesse sentido, as conclusões alcançadas pelas diferentes autoridades foram conflitantes, pois a Corte Superior questionou a legalidade da decisão proferida pela *Bundeskartellamt*. Inclusive, trecho da decisão proferida pela Corte Superior declara que “nem toda desvantagem econômica causada a outra companhia constitui um obstáculo do ponto de vista do direito antitruste”.⁴⁹

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDAC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

⁴⁸ ALEMANHA. Higher Regional Court of Düsseldorf. Caso VI-Kart 1/19 (V). 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁴⁹ ALEMANHA. Higher Regional Court of Düsseldorf. Caso VI-Kart 1/19 (V). 26 ago. 2019. p. 28 (tradução livre). Disponível em: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

Dessa forma, é evidente que a Corte Superior identifica um claro limite de aplicação do direito antitruste no que diz respeito a casos que envolvam o direito à privacidade, sinalizando que muitas das supostas preocupações levantadas pela *Bundeskartellamt* não estariam contempladas pelo escopo de atuação da autoridade e, conseqüentemente, do direito antitruste.

Logo, ainda que, em um primeiro momento, a decisão da *Bundeskartellamt* tenha indicado que a autoridade poderia estar intensificando suas intervenções em mercados tecnológicos, a Corte Superior considerou a abordagem da *Bundeskartellamt* excessivamente paternalista.

Nesse contexto, recentemente, o Ministro da Economia alemão, Peter Altmaier, finalizou proposta legislativa com o objetivo de alterar a legislação antitruste do país.⁵⁰ Idealmente, a proposta pretende estabelecer parâmetros de atuação mais claros às plataformas dominantes e, ao mesmo tempo, promover oportunidades de inovação às companhias, além de esclarecer questões relativas ao tratamento de dados. Ou seja, seguindo a normatização do tema, a tendência é que a autoridade da concorrência alemã seja mais cautelosa na análise de atos de concentração que envolvam questões de privacidade.

Fato é que a repercussão do caso Facebook serve para demonstrar que o desafio, no contexto de mercados tecnológicos que envolvam questões de privacidade, é, ainda, identificar em quais casos a intervenção da autoridade antitruste é necessária, e de que forma essa intervenção deve ocorrer.⁵¹

Ainda que não exista resposta para essa discussão, o caso Facebook parece ser, até o momento, um dos maiores exemplos mundiais de tentativa de aplicação do antitruste a um contexto de privacidade. Esse caso é um

⁵⁰ COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (CPI). Germany: regulator finalizes proposed changes in competition. *Competition Policy International*, 8 out. 2019. Disponível em: www.competitionpolicyinternational.com/germany-regulator-finalizes-proposed-changes-in-competition-rules/. Acesso em: 9 maio 2020.

⁵¹ OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015, p. 38. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

precedente em que se testaram diferentes teses e limites da relação entre proteção de dados e defesa da concorrência, razão pela qual se constatou intenso debate entre instituições que adotaram visões divergentes.

Embora a decisão da Corte Superior tenha se consolidado sobre a decisão da *Bundeskartellamt*, por motivo de hierarquia entre instâncias decisórias, o caso Facebook é um precedente rico para explorar o tema, independentemente da posição que se pretenda defender.

4.3 | **DA RELAÇÃO DO BRASIL COM A POLÍTICA ANTITRUSTE E A PRIVACIDADE**

No âmbito do Brasil, a política antitruste está diretamente atrelada a princípios constitucionais. O art. 170 da Constituição estabelece a livre concorrência⁵² como um dos princípios da ordem econômica.

Nesse sentido, o art. 173, § 4º, da Constituição⁵³ reprime o abuso do poder econômico, com vistas a evitar a eliminação da concorrência no mercado, autorizando que o Estado interfira na liberdade de atuação dos particulares na hipótese de esta representar risco à concorrência no mercado. Dessa forma, em observância ao comando da Constituição, a política antitruste tem como uma de suas principais finalidades preservar a economia aberta e competitiva.

Ocorre que, dentre os inúmeros princípios previstos pela Constituição, protegem-se, também, direitos e garantias fundamentais tais como “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, conforme prevê o seu art. 5º, X.⁵⁴ Assim, observa-se que, apesar de o Estado estar

⁵² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência;”

⁵³ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

⁵⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se

autorizado a intervir na liberdade de atuação dos particulares em determinadas situações, a própria Constituição limita a interferência do Estado, na medida em que o valor da livre concorrência deve ser sopesado com outros valores constitucionais, tais como a intimidade e a privacidade do indivíduo.

Verifica-se, portanto, que o direito da concorrência não só está inserido em um diálogo com princípios da ordem econômica (promoção do bem-estar social e direito de escolha do consumidor, por exemplo), mas também deve dialogar com os demais princípios constitucionais.

Uma das formas encontradas para propiciar esse diálogo entre princípios constitucionais foi dividir as competências do Estado em diferentes entidades e órgãos públicos, que aplicarão o direito em um contexto de diálogo institucional.

Para o escopo deste capítulo, interessam-nos as competências do Estado relacionadas à privacidade e ao antitruste. O Cade detém competências restritas à defesa da concorrência, nos termos da Constituição e da Lei n. 12.529/2011, além de poder ter seus atos administrativos revistos judicialmente.

Essa separação entre competências e matérias jurídicas, entretanto, pode não ser tão fácil de distinguir no caso concreto, em razão das intersecções entre privacidade e antitruste expostas *supra*. Por isso, cabe verificar, a seguir, a experiência do Cade em casos nos quais este tangenciou questões de privacidade.

Por fim, nesse contexto institucional, vale ressaltar a recente criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) e da Medida Provisória n. 869/2018, já aprovada pelo Congresso Nacional. O possível diálogo

aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

entre essa autoridade e o Cade, se houver, será de potencial interesse aos fins deste capítulo.

4.3.1 | TELEFÔNICA/PHORM E OI/PHORM

Ao trazer a discussão para o cenário brasileiro, é importante mencionar a operação aprovada, sem restrições, em 2011, que envolveu a Telefônica Data S.A. e a Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Nessa ocasião, a autoridade antitruste brasileira se manifestou, pela primeira vez, de forma explícita sobre as questões envolvendo a política antitruste e a privacidade.⁵⁵

O caso incluiu manifestações de agentes do setor público, como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), e empresas como Microsoft, Yahoo e Globo.com, as quais opinaram sobre a proteção dos dados dos consumidores. O DPDC trouxe ao conhecimento do Cade o fato de que a Phorm estaria sob investigação por seu *software* “Navegador” desde 2010.

A investigação no âmbito do direito do consumidor teria sido instaurada na medida em que o produto oferecido pela Phorm estaria supostamente possibilitando o monitoramento de consumidores *on-line* brasileiros. Devido às suspeitas de práticas abusivas promovidas pela Phorm, relacionadas à privacidade do consumidor, a operação, no âmbito do Cade, lidou de perto com questões dessa natureza.

Nesse sentido, apesar de o assunto ter sido debatido no âmbito da autarquia, em seu voto, o então Conselheiro Alessandro Octaviani Luis afasta, expressamente, o tema privacidade da competência do Cade:

O primeiro é em relação à questão da privacidade, muito embora não seja de expressa competência desse Conselho cuidar dessas questões, pois elas estão afeitas por uma ordem protegida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor e por outra, pela Constituição que

⁵⁵ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012.

garante o direito de privacidade, ou seja, pelos órgãos que cuidam dos direitos humanos aqui no nosso país, eu acho que esse bloco de questões deve ser remetido às agências que cuidem especificamente dessas questões.⁵⁶

Nessa toada, outros conselheiros, como o então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, também afastaram o tema privacidade da pauta de assuntos que competem ao Cade, na medida em que ele afirmou que “as questões relacionadas à privacidade dos usuários” já estavam sendo tratadas pelo DPDC e, assim, “escapam aos limites da análise antitruste”.⁵⁷

Esse afastamento do tema privacidade é positivo, por um lado, pois demonstra autocontenção do Cade em limitar sua competência legal e não adotar postura ativista, favorecendo seu diálogo institucional com outros órgãos e prevenindo eventuais sobreposições de competência sobre o assunto. No entanto, esse afastamento do tema privacidade pode ter elementos negativos, por outro lado, se representar uma limitação na capacidade de compreender os pontos de intersecção entre privacidade e antitruste,⁵⁸ deixando de lidar com todos os aspectos competitivos envolvidos em casos que abordem a temática da privacidade.

Nesse ponto, uma posição equilibrada parece fundamental, atribuindo ao Cade a liderança no tratamento das questões de privacidade que tenham real impacto sobre a concorrência, mas reconhecendo a competência de outras autoridades (incluindo a Secretaria Nacional do Consumidor [Senacon] e a

⁵⁶ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012. p. 165.

⁵⁷ BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012. p. 164.

⁵⁸ Reconhecemos, no entanto, que esse precedente não é suficiente para tirar conclusões definitivas em relação à posição do Cade sobre o assunto, pois é datado de 2011. Cabe aguardar o futuro próximo, quando o Cade, provavelmente, se manifestará sobre o tema.

nova ANPD) para lidar com questões puramente de privacidade, que afetem relações de consumo e direitos individuais.

CONCLUSÃO

Considerando que, de um lado, a privacidade protege dados e limita seu uso por terceiros e, de outro lado, dados são objeto de intensa exploração econômica nos mercados de hoje, há espaço importante de intersecção entre privacidade e antitruste.

A dúvida que mais interfere no *enforcement* da defesa da concorrência e que se nota no debate atual é referente aos limites dessa intersecção. De forma mais específica, há, hoje, uma carência de critérios objetivos para conceituar e averiguar abuso de poder econômico por uso abusivo de dados e quando isso causa distorções na competição. Trata-se de uma constatação, como visto, aplicável a diversas jurisdições, não apenas ao Brasil.

Em busca de auxiliar no esclarecimento da referida dúvida, este capítulo concluiu que a novidade dos mercados digitais, em relação aos mercados tradicionais, é o fato de que as novas tecnologias permitiram um acúmulo e processamento de dados em maior quantidade e rapidez. A particularidade mais relevante dos mercados digitais, para fins de privacidade, está no fato de que dados passaram a ser um ativo que confere importante vantagem competitiva aos agentes que os detêm.

Com isso, identificamos três pontos de intersecção entre privacidade e antitruste, que podem ser sistematizados a seguir:

- (i) A privacidade pode entrar em conflito com os interesses econômicos dos agentes que competem no mercado, pois o direito à privacidade pode limitar o acesso a dados pessoais, ativos concorrencialmente relevantes.
- (ii) A privacidade pode ser considerada uma variável competitiva de qualidade do serviço ou produto ofertado. Consequentemente, eventual cooperação entre concorrentes, em matéria de privacidade, poderia, de um lado, aumentar o bem-estar do consumidor e, de outro lado, configurar uma conduta colusiva.

- (iii) Autoridades antitruste que se encontrem em sistemas altamente protetivos em relação à privacidade tendem a visualizar um espaço de interface maior entre privacidade e defesa da concorrência, mas ainda assim devem estar atentas aos limites de aplicação da lei concorrencial (*vide*, por exemplo, a reversão da decisão da autoridade alemã pela corte de apelações no caso Facebook).

Com essas intersecções, a defesa da concorrência deve estar atenta para o uso de dados no processo competitivo. No entanto, o campo da defesa da concorrência deve analisar essa dinâmica primordialmente sob uma perspectiva de eficiência econômica, buscando evitar distorções no processo concorrencial.

Se os pontos de intersecção entre privacidade e antitruste não estiverem bem compreendidos, há probabilidade de a autoridade antitruste, ao abordar o tema, não se limitar à perspectiva concorrencial e, com isso, exceder sua competência legal, causando atritos com outras instituições do sistema jurídico em que está inserida.

REFERÊNCIAS

540 MILHÕES de dados de usuários do Facebook ficam expostos em servidores da Amazon. *GI*, 4 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/04/04/dados-de-540-milhoes-de-usuarios-do-facebook-ficam-expostos-em-servidor.ghtml>. Acesso em: 9 maio 2020.

ALEMANHA. Higher Regional Court of Düsseldorf. Caso VI-Kart 1/19 (V). 26 ago. 2019. Disponível em: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market as a tool for a case by case analysis at the digital economy: could the EU decision at Facebook/WhatsApp merger have been different? *Ascola Conference*, 6 nov. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064795. Acesso em: 5 maio 2018.

BATCHELOR, Bill; MURRAY, Grant. Internet of things: antitrust concerns in the pipeline? *Kluwer Competition Law Blog*, 12 maio 2016.

BATTELLE, John. The database of intentions. *Jonh Battelle's Searchblog*, 13 nov. 2003. Disponível em: https://battellemedia.com/archives/2003/11/the_database_of_intentions. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração n. 08012.010585/2010-29. Requerentes: Telefônica Data S.A. e Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 06/01/2012.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.000504/2005-15. Relator: Conselheira Cristiane Alkmin, j. 23/02/2017.

BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.000820/2009-11. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, j. 22/03/2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 13 maio 2018.

BUNDESKARTELLAMT. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. 7 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html. Acesso em: 9 maio 2020.

BUNDESKARTELLAMT. Case B6-22/16. Case summary. 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html;jsessionid=EBABCF6B3C8EDF4D93118ABEDDACC6E0.2_cid371?nn=3600108. Acesso em: 14 jun. 2019.

BUNDESKARTELLAMT. Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive. 19 dez. 2017. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html. Acesso em: 9 maio 2020.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. *The Guardian*. 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em: 9 maio 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. 27 jun. 2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

COMPETITION POLICY INTERNATIONAL (CPI). Germany: regulator final-

- izes proposed changes in competition. *Competition Policy International*, 8 out. 2019. Disponível em: www.competitionpolicyinternational.com/germany-regulator-finalizes-proposed-changes-in-competition-rules/. Acesso em: 9 maio 2020.
- CUNNANE, Yvonne; SHANBHAG, Nikhil. Why we disagree with the Bundeskartellamt. *Facebook*, 7 fev. 2019. Disponível em: <https://newsroom.fb.com/news/2019/02/bundeskartellamt-order/>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- DONEDA, Danilo. Um panorama de proteção de dados para as cidades inteligentes. *Jota*, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-panorama-de-protecao-de-dados-para-as-cidades-inteligentes-04072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.
- FIDELIS, Andressa L. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, Cade, v. 5, n. 2, nov. 2017. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/354/175>. Acesso em: 9 maio 2020.
- FRAZÃO, Ana. O alcance da LGPD e repercussões para a atividade empresarial. *Jota*, 5 set. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/?pagenome=pay-wall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-alcance-da-lgpd-e-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-05092018. Acesso em: 11 jan. 2019.
- FTC. *Detroit Auto Dealers Association v. FTC*, 955 F.2d 457 (6th Cir. 1992).
- FTC. *Google/DoubleClick. Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour*. FTC File n. 071-0170.
- FTC. FTC places conditions on CoStar's \$ 860 million acquisition of LoopNet. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/04/ftc-places-conditions-costars-860-million-acquisition-loopnet>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- GRIMMELMANN, James. The Google dilemma. *New York Law School Law Review*, v. 53, 2009.
- KENNEDY, Joe. The myth of data monopoly: why antitrust concerns about data are overblown. *Information, Technology & Innovation Foundation (ITIF)*, mar. 2017.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. 3. ed. Tradução: Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018.
- MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *Big data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de*

concentrações econômicas. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20312/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Aluna_Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro_Mestrado%20em%20Direito%20da%20Regula%C3%A7%C3%A3o_19.02.2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 maio 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada. *Jota*, 14 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018>. Acesso em: 29 jul. 2018.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy. *Antitrust Law Journal*, 6 fev. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mário da S.; DOUEK, Daniel; ADAMI, Mateus Piva; GUARDIA, Renata Borges La; LEMOS, Ronaldo. O direito da internet das coisas: desafios e perspectivas de IoT no Brasil. *Jota*, 9 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-da-internet-das-coisas-desafios-e-perspectivas-de-iot-no-brasil-09012018>. Acesso em: 29 jul. 2018.

PICKER, Randal C. Competition and privacy in Web 2.0 and the cloud. *Northwestern University Law Review Colloquy*, v. 103, 2008. Disponível em: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr_online/125/. Acesso em: 9 maio 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. New York: Oxford University Press, 2016.

THE WORLD'S most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>. Acesso em: 10 maio 2018.

TIKU, Nitasha. Digital privacy is making antitrust exciting again. *Wired*, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.wired.com/2017/06/ntitrust-watchdogs-eye-big-techs-monopoly-data/>. Acesso em: 10 maio 2018.

5. ZERO-PRICE MARKETS E SEUS DESAFIOS PARA A ANÁLISE CONCORRENCIAL

Marcela Abras Lorenzetti
Antonio Bloch Belizario

INTRODUÇÃO

Como regra geral, agentes econômicos disponibilizam serviços e produtos para seus consumidores em troca de pagamento. Segundo a teoria econômica tradicional, tais agentes buscam uma contrapartida financeira que supere os custos arcados com o referido produto ou serviço. Esse excedente auferido com a contrapartida financeira é percebido como lucro e/ou reinvestido em aumento de produção, inovação, etc. No entanto, o desenvolvimento de economias digitais tem dado destaque a um novo modelo, no qual produtos e serviços são oferecidos sem qualquer cobrança de contrapartida financeira daqueles que os consomem, ou ao menos de um dos grupos que consomem.

Trata-se dos chamados *zero-price markets*, ou *mercados de preço zero*. Em tais mercados, um *player* disponibiliza seu produto ou serviço a preço zero para pelo menos um grupo de usuários. Vale notar que, frequentemente, o preço zero se aplica a apenas um dos lados da plataforma e não a todos os seus participantes. Essa seletividade ocorre inclusive no caso de bens complementares, quando um dos produtos é oferecido a preço zero a somente um grupo de usuários: àqueles que não adquirem ambos os produtos, por exemplo.

Contudo, conforme será detalhado ao longo deste capítulo, é incorreto confundir preço zero com gratuidade ou caridade. Na realidade, os agentes que atuam em tais mercados demandam alguma forma de pagamento inclusive de seus consumidores que não pagam em dinheiro – como atenção e informação. Também possuem objetivos semelhantes àqueles das empresas tradicionais que exigem contraprestação pecuniária por seus produtos e

serviços, quais sejam, conquista de mercado, fidelização de seus clientes e aumento de lucros.

Ainda, a prática aqui discutida não é equiparável à infração concorrencial denominada preço predatório.¹ Não se trata de estratégia anticompetitiva na qual o agente econômico cobra um preço excessivamente baixo ou nulo, com a finalidade imediata de excluir seus rivais do mercado para, posteriormente, em um cenário sem competição, elevar significativamente seus preços. Como aponta David Evans,² em *zero-price markets*, zero é o equilíbrio de longo prazo. Conforme será descrito no item a seguir, a não exigência de um valor financeiro pelo produto ou serviço seria uma estratégia comercial economicamente sustentável, e a tendência seria a manutenção do preço zero ao menos para um dos lados da plataforma.

Em que pese *zero-price markets* existirem há muitos anos (como programas de rádio, televisão aberta, jornais distribuídos em semáforos e listas telefônicas), sua relevância para o direito da concorrência aumentou significativamente com o desenvolvimento da internet e com o crescimento de negócios que atuam primordialmente por meio dela. Alguns dos serviços e produtos ofertados a preço zero constantemente presentes no cotidiano são redes sociais, serviços de busca, aplicativos de mensagens instantâneas, serviços de *streaming* de músicas, dentre muitos outros. Esse aumento pode ser explicado, ao menos em parte, pelo fato de que os custos marginais da oferta de produtos digitais são frequentemente baixíssimos.³ Em termos mais concretos, após o desenvolvimento de um aplicativo, oferecer a um consumidor adicional seu *download* gera um custo marginal próximo a zero, e em qualquer hipótese muito inferior aos custos de um fornecedor de bens tangíveis.

1 Para aprofundamento na discussão sobre preços predatórios, ver, nesta obra, o capítulo “Predação em mercados digitais”, de Gabriel de Carvalho Fernandes e Danilo Alves de Sousa.

2 EVANS, David S. The antitrust economics of free. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555, 2011.

3 GAL, Michal; RUBINFELD, Daniel L. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 401, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2529425>. Acesso em: 10 abr. 2018.

Apesar da peculiaridade de não exigirem pagamento pecuniário, tais mercados são inquestionavelmente relevantes para a competitividade do ambiente econômico. Essa constatação já foi reconhecida por autoridades de direito da concorrência ao redor do mundo – nesse sentido, citem-se como exemplo as diversas investigações antitruste envolvendo o Google ao redor do mundo,⁴ ou a sujeição ao controle de estruturas da aquisição do WhatsApp pelo Facebook⁵ e da rede LinkedIn pela Microsoft.⁶

Este capítulo busca mapear o debate contemporâneo acerca da racionalidade econômica de agentes em *zero-price markets* e identificar os desafios para a análise concorrencial de tais mercados. Especificamente, quais são os mecanismos tradicionais de análise que deixam de funcionar (ou que funcionam de maneira falha) quando aplicados em mercados de preço zero e possíveis alternativas.

5.1 | **RACIONALIDADE ECONÔMICA EM ZERO-PRICE MARKETS**

Quando um agente econômico investe recursos no desenvolvimento de um produto ou serviço e não exige contraprestação dos consumidores, isso não significa que está necessariamente agindo de forma irracional. Deve-se questionar as motivações que o levaram a adotar tal estratégia de precificação e se essa estratégia é economicamente sustentável.

Segundo a literatura disponível, deve-se levar em conta que em *zero-price markets* existe ao menos um outro produto relacionado, oferecido pelo mesmo agente, que exige contraprestação pecuniária. John M. Newman sustenta que, “para oferecer produtos a preço zero lucrativamente no longo prazo, a empresa deve objetivar obter lucros de alguma maneira que não

⁴ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Case AT.39740. Bruxelas, 27/06/2017; ESTADOS UNIDOS. FTC. File n. 111-0163. Washington, 03/01/2013; BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. Brasília, 11/10/2013; entre outros.

⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Case n. COMP/M.6281. Bruxelas, 07/10/2011.

⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Case n. COMP/M.8124. Bruxelas, 06/12/2016.

envolva tais produtos”.⁷ As formas mais comuns de organização desse racional se distinguem em três modelos de negócio a preço zero: bens complementares, plataformas de dois ou múltiplos lados e versões *premium* ou profissionais dos produtos gratuitos.

5.1.1 | BENS COMPLEMENTARES

Bens complementares são, nos termos da literatura econômica, aqueles que costumam ser utilizados em conjunto. A queda de preço de um deles implica elevação do outro.⁸ Em razão dessa relação de proporcionalidade inversa entre os preços dos produtos, e da necessidade ou de vantagens percebidas na utilização conjunta dos produtos, a aplicação de preço zero em um dos bens complementares pode ser uma estratégia viável. De fato, o produto com preço zero pode ser utilizado como mecanismo de atração de consumidores,⁹ aumentando a chance de que o bem complementar seja adquirido mediante pagamento.

A estratégia de bens complementares demanda que o *player* atue em pelo menos dois mercados. Considere-se, por exemplo, uma empresa que oferece um provedor de *e-mail* e serviço de armazenagem na nuvem. Uma vez que a conta de *e-mail* reúne diversas informações e documentos considerados relevantes pelo usuário, é provável que esse mesmo usuário passe a utilizar também o serviço de armazenagem em nuvem desse mesmo provedor. Nessa linha, pode ser estrategicamente interessante para o agente

⁷ No original em inglês: “To profitably offer products at a price of \$0 in the long term, a rational firm must intend to turn a profit in some manner not involving those products” (NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015, p. 154. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4. Acesso em: 10 abr. 2018).

⁸ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6. ed. Tradução: Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 20.

⁹ Conforme será detalhado adiante, produtos ofertados a preço zero podem desencadear o chamado *zero-price effect*, pelo qual a demanda ou consumo de um produto ou serviço tende a aumentar quando não se exige o pagamento de um valor, ainda que tal produto ou serviço seja desnecessário ou de qualidade inferior.

econômico ofertar a criação “gratuita” de contas de *e-mail* e cobrar um valor para utilização da nuvem, que compense tanto os custos do primeiro quanto do segundo produto.

Verifica-se, nessa hipótese, que a racionalidade envolvendo bens complementares depende de alguns fatores, como o grau de complementaridade dos produtos e a existência de certo poder de mercado em um deles. Caso a utilização do produto de preço zero não resulte em alavancagem do uso do produto pago, ou caso a parcela de mercado no produto de preço zero seja demasiadamente baixa, possivelmente a operação da empresa se tornará economicamente inviável. No exemplo supracitado, se o uso de determinado provedor de *e-mail* não implicar o uso concomitante do serviço de armazenagem na nuvem para número relevante de usuários, ou se o provedor de *e-mail* gratuito não conquistar uma quantidade razoável de usuários, os pagamentos percebidos com o serviço de armazenagem na nuvem não serão capazes de cobrir os custos com ambos os produtos, tornando a manutenção de ambos insustentável.

5.1.2 | MERCADOS DE DOIS OU MÚLTIPLOS LADOS

Em mercados de dois (ou diversos) lados, um agente econômico oferta dois ou mais produtos ou serviços diferentes, para atender a dois ou mais grupos de consumidores,¹⁰ sendo que a atratividade de um dos lados é afetada pela atratividade do outro, e vice-versa. Exemplo característico desse tipo de mercado é a indústria de cartões de crédito: quanto mais usuários detêm cartões de uma determinada bandeira, maior o interesse dos lojistas em aceitar tal bandeira, e quanto maior o número de estabelecimentos que aceitam pagamento com certa bandeira, mais atrativa ela se torna aos portadores de cartões de crédito.

Rochet e Tirole propõem uma definição mais rigorosa desse tipo de mercado, apontando como sua característica essencial a necessidade de consumidores e vendedores serem aproximados para mercados existirem e para a

¹⁰ Essa é a principal diferença com relação a bens complementares, que envolvem dois ou mais produtos/serviços, mas apenas um grupo de consumidores.

realização de receita pelo desenvolvedor da plataforma.¹¹ Argumentam que, em mercados bi ou multilaterais, o volume de transações entre usuários finais depende da *estrutura* da plataforma, e não somente do nível de preços e taxas por ela cobrados.

Em se tratando de *zero-price markets*, plataformas de busca *on-line* ilustram perfeitamente como a dinâmica de um mercado de múltiplos lados pode ser favorecida pela oferta de um dos produtos a preço zero. A Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) esclarece que:

os *sites* de busca podem ser caracterizados como plataformas de múltiplos lados. Isto ocorre porque – de um lado – os *sites* de busca permitem que internautas digitem palavras-chave e recebam – em troca e *gratuitamente* – uma lista de *sites* cujo conteúdo seja relacionado ao texto que o usuário digitou. Assim, a plataforma presta aos usuários da busca o serviço de coleta, ranqueamento e apresentação de resultados para uma determinada busca do internauta. Outro lado gratuito da plataforma é o lado que estabelece a relação entre os *sites* que são listados no Google e a própria plataforma, que presta a eles o serviço de exibí-los para potencial audiência, na página de busca do Google. Por sua vez, tais *sites* permitem que o seu conteúdo seja rastreado pelos *crawlers* do Google, que copiam o seu conteúdo, para então indexá-lo e ranqueá-lo, em seguida apresentando-o ao usuário do Google Busca. Esse lado é gratuito porque os *sites* listados no Google não pagam nem recebem quaisquer valores para serem listados no buscador. Por fim, há o lado pago da plataforma, conhecido como “busca patrocinada”, reservada à publicidade virtual. Os *links* pagos ou patrocinados são colocados em lugares estratégicos do *site* de busca, normalmente

11 Adicionalmente: “A platform’s usage or variable charges impact the two sides’ willingness to trade once on the platform and, thereby, their net surpluses from potential interactions; the platforms’ membership or fixed charges in turn condition the end-users’ presence on the platform” (ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006, p. 646).

acima da busca orgânica, ou na sua lateral direita. Usualmente, os mecanismos de busca são remunerados quando os internautas clicam nos *links* patrocinados, forma de remuneração conhecida como CPC, ou custo por clique. Há também outras formas de remuneração pela publicidade e *links* patrocinados, utilizadas em menor escala. Por exemplo, os *sites* de busca podem receber uma “taxa de sucesso” (taxa de conversão) por vendas realizadas pelos anunciantes, se tais vendas forem decorrentes de tráfego do *site* de busca.¹²

Conforme já descrito, plataformas de busca *on-line* oferecem, sem nenhuma cobrança financeira, serviço de pesquisa e ranqueamento de resultados. O retorno financeiro advém dos anúncios feitos na plataforma. Nesse sentido, a prática de preço zero para a pesquisa de informações serve como atrativo para usuários que, por sua vez, atraem anunciantes. Quanto maior o número de usuários do serviço de busca gratuito, maior a audiência a ser atingida e, portanto, maior pode ser o preço cobrado de anunciantes.

Como na hipótese *supra*, a viabilidade de mercados de preço zero dentro de plataformas de dois ou múltiplos lados depende de fatores como o grau de interdependência entre as pontas da plataforma e a existência de certo poder de mercado em ao menos uma delas. A conquista de poder de mercado, no caso de entrantes que ainda não possuem atuação relevante em qualquer lado do mercado, pode justamente envolver estratégias de preço zero, ainda que isso implique prejuízos financeiros temporários.

Ofertar bens e serviços a preço zero em mercados multilaterais é frequentemente necessário para que novos *players* consigam estabelecer uma escala mínima de viabilidade da plataforma que operam, isto é, agregar a massa crítica de usuários. Assim, essa estratégia também permite que os *players* entrantes passem a se beneficiar rapidamente de efeitos de rede diretos e/ou indiretos. Nota-se que a estratégia de preço zero pode ser, portanto, benéfica para o ecossistema competitivo.

¹² BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. Brasília, 11/10/2013.

Outra definição de mercados de dois ou múltiplos lados formulada por Rochet e Tirole se refere à existência de externalidades intergrupos (*cross-group externalities*).¹³ Ilustrativamente, um dos fatores que afetam a elasticidade da demanda de um dos lados é o tamanho da base de usuários finais instalada no outro lado. Atrair um lado da plataforma por meio de redução de preços é particularmente rentável se esse lado cria externalidades consideráveis no outro.¹⁴ Por exemplo, a demanda de anunciantes fica mais inelástica (isto é, insensível a aumentos de preço) quanto maior a base de usuários da plataforma. A recíproca não é verdadeira, já que o aumento do efetivo de anunciantes não afeta, por si só, a elasticidade dos usuários da plataforma. Do mesmo modo, tal aumento não afeta a elasticidade dos próprios anunciantes.

Observa-se ainda o “princípio da gangorra” nesse tipo de mercado: “um fator que causa elevação de preço em um lado, na medida em que ele aumenta a margem da plataforma nesse lado, tende também a ocasionar redução de preço no outro lado, pois atrair membros nesse outro lado se torna mais rentável”.¹⁵ Isso porque, conforme apontado *supra*, o aumento de consumidores em um lado da plataforma pode resultar em menor elasticidade a preço dos consumidores do outro lado – i.e., a redução de preços em um lado pode atrair novos clientes, que, por sua vez, aumentam a atratividade do lado do mercado que possui preço mais elevado.

É comum que uma plataforma cobre preços abaixo do custo (talvez zero) de um lado e preços elevados do outro. Isso ocorre em plataformas de mídia, por exemplo. Nesse ramo, oferece-se conteúdo sem preço aos consumidores, não para prejudicar seus concorrentes, mas para poder exigir margens

¹³ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006, p. 657.

¹⁴ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006, p. 659.

¹⁵ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006, p. 659.

maiores dos anunciantes.¹⁶ O mesmo fenômeno ocorre frequentemente nos modelos *freemium* ou *pro* de precificação, como é explicado no item a seguir.

5.1.3 | VERSÃO PREMIUM OU PRO

Além das situações descritas *supra*, pode ser lucrativa a prática de preço zero quando utilizada na apresentação de um produto ou serviço objetivando a venda de uma versão *premium* ou profissional com mais recursos. Regra geral, disponibiliza-se um produto ou serviço com funções mais básicas e/ou algumas restrições, com a intenção de gerar interesse no consumidor por versões com funcionalidades mais avançadas – estas, sim, pagas.¹⁷

Essa prática de produtos *freemium* é bastante utilizada no desenvolvimento de aplicativos para *smartphones*. *Apps* de jogos comumente oferecem versões gratuitas com o intuito de atrair consumidores e, dentro do aplicativo, disponibilizam funcionalidades pagas, como o bloqueio de anúncios ou a compra de itens que facilitem cumprir os objetivos do jogo.

Outro exemplo bastante relevante é o serviço de *streaming* de músicas Spotify: a plataforma possibilita aos usuários ouvir as músicas disponíveis na base de dados da empresa sem qualquer custo financeiro, estando sujeitos a anúncios e algumas limitações (como escolher a ordem das canções a serem tocadas). Caso desejem, os usuários podem pagar uma assinatura mensal que elimina os anúncios e permite ultrapassar as limitações da versão “gratuita”. Em ambos os exemplos, o preço zero é compensado pelas funcionalidades pagas e pela remuneração advinda de propagandas.

Ainda, essa estratégia pode encontrar uma variação nas chamadas versões *pro*. Nesse caso, há oferta da versão inicial sem exigência de pagamento com dois objetivos possíveis. Por um lado, apresentar os mecanismos básicos do serviço ou produto como teste permite que parte dos usuários se

¹⁶ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006, p. 659.

¹⁷ Tal estratégia é diferente daquelas envolvendo bens complementares ou mercados de dois lados, pois, nesse caso, o agente econômico pode ofertar apenas um produto.

interesse pela versão mais completa e venha a adquiri-la posteriormente. Por outro lado, a oferta sem preço de uma versão básica pode atrair o maior número de usuários possível, com a intenção de incentivar grupos específicos, que utilizam aquele serviço/produto no exercício de suas próprias atividades econômicas, a comprarem a opção paga com mais recursos. Tal incentivo de grupos específicos se manifesta na possibilidade de oferecer produtos/serviços compatíveis com a versão básica e, conseqüentemente, atender à ampla base de usuários da versão de preço zero. É o que ocorre, por exemplo, com o programa Acrobat, da Adobe, que possui uma opção *free* com recursos limitados, e a possibilidade de pagamento para o acesso a ferramentas mais avançadas, seja para criar arquivos que poderão ser abertos/lidos no Adobe *free*, seja para os usuários que possuem interesse em opções mais completas de uso do programa.

A viabilidade de produtos básico/*pro* e *freemium* está condicionada a diferentes fatores, que podem mudar de acordo com a natureza do produto (instrumento de comunicação, de trabalho, de lazer, etc.). Para produtos como o Adobe Acrobat, sua viabilidade aumenta conforme a versão básica (preço zero) detém maior *market share*, já que ela incentivará os profissionais a empregarem a versão *pro*, com maior compatibilidade com os detentores da versão básica. Produtos como o CamScanner (aplicativo que permite digitalizar documentos com *smartphones*) ou o Dropbox (armazenamento na *cloud*) sustentam suas versões básicas a preço zero graças a um modelo baseado numa forma de persuasão. Isto é, as versões básicas funcionam como uma *demonstração* (uma “amostra grátis”) de que as qualidades do serviço são suficientemente valiosas para serem adquiridas e melhoradas mediante pagamento.

Os três modelos descritos *supra* não devem ser removidos do contexto digital em que se inserem. Frequentemente, os produtos ofertados a preço zero são baseados em *big data* e obtêm vantagens competitivas conforme acumulam mais informação ou aperfeiçoam sua base de dados, verdadeira moeda de troca moderna. Concomitantemente, pode-se observar fortes efeitos de rede nos produtos de preço zero. Esse contexto é relevante, na medida em que a estratégia de precificação nula pode ser o caminho encontrado pelos fornecedores para atrair a demanda que garante o melhor

funcionamento de seus produtos, por meio da alimentação do algoritmo com mais dados,¹⁸ ou que garante a atração de cada vez mais usuários graças à formação de uma rede de maior densidade.

Os três modelos, que não constituem lista exaustiva das racionalidades econômicas associadas com a criação de mercados de preço zero, tampouco devem ser lidos como categorias estanques e estáticas. A economia baseada na internet é altamente inovadora, e os agentes de mercados de preço zero são criativos. Tomando como exemplo o funcionamento de aplicativos de *streaming* de música como os concorrentes Spotify, Pandora e Deezer (cujos modelos de negócio são bastante semelhantes), percebe-se que os modelos descritos *supra* podem servir mais como instrumento de análise do que como categorias taxonômicas da economia digital. De fato, tais serviços acabam fundindo os modelos de plataformas bilaterais e *freemium* em um só, na medida em que suas versões “gratuitas” expõem consumidores a empresas por meio de anúncios publicitários e suas versões *premium* oferecem comodidades ao usuário.

5.2 | **IMPLICAÇÕES DE ZERO-PRICE MARKETS PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Esta seção pretende abordar os desafios que os mercados de preço zero geram para o direito da concorrência. Em primeiro lugar, cabe questionar a chamada *free exemption*, segundo a qual produtos gratuitos seriam isentos das normas concorrenciais, por serem incapazes de causar danos competitivos e prejuízos aos consumidores. Esse foi o entendimento adotado no caso *Kinderstart*,¹⁹ em que a Corte Distrital da Califórnia decidiu que não seria possível falar em “mercado” para fins de aplicação das normas antitruste em relação a algo oferecido gratuitamente.

¹⁸ Uma das formas pelas quais o preço zero pode aumentar a demanda do produto é o chamado *zero-price effect*, viés comportamental empiricamente observado. Para mais detalhes, conferir o item a seguir deste capítulo.

¹⁹ ESTADOS UNIDOS. United States District Court, N. D. California, San Jose Division. *Kinderstart.com, LLC, v. Google, Inc.* San Jose, 16/03/2007.

Conforme mencionado anteriormente, produtos e serviços *zero-price* não são realmente gratuitos. Em que pese não haver cobrança de valores pecuniários para serem consumidos por determinados grupos de consumidores, mesmo tais consumidores incorrem em outros custos para fruir dos bens e serviços ofertados.²⁰ Michal Gal e Daniel Rubinfeld apontam que “o ‘preço’ do produto oferecido gratuitamente é frequentemente percebido em formatos não monetários”.²¹ Em se tratando de economias digitais, esses custos envolvem principalmente atenção e dados.

Esclarece David Evans que o preço é apenas uma das diversas variáveis concorrenciais a serem analisadas. Nesse sentido:

Um problema comum com todas essas justificativas para uma *free exemption* é que elas focam em preço. Preço é apenas uma dimensão da competição. [...] Entretanto, enquanto uma fusão ou prática monopolista pode não afetar se um produto é distribuído gratuitamente, ela pode muito bem afetar dimensões não preço como atributos do produto, serviço e inovação. [...] O argumento de que bens gratuitos não são vendidos também não faz sentido economicamente. Agentes econômicos ainda precisam tomar decisões sobre quanto fornecer a preço zero, e consumidores ainda precisam decidir quanto demandar, dado que eles geralmente precisam empreender recursos para obter e consumir esses produtos gratuitos.²²

20 Excluem-se da presente análise, portanto, produtos e serviços gratuitos com fins filantrópicos ou não pecuniários. Não obstante, tais bens já foram objeto de estudo e apresentam particularidades relevantes para a concorrência, notadamente o desenvolvimento de *free open source software* (FOSS). Ver: GAL, Michal; RUBINFELD, Daniel L. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 401, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2529425>. Acesso em: 10 abr. 2018.

21 No original em inglês: “the ‘price’ of the good that is offered for free is often seen in non-monetary forms” (GAL, Michal; RUBINFELD, Daniel L. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 401, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2529425>. Acesso em: 10 abr. 2018).

22 No original em inglês: “A common problem with all of these justifications for a ‘free exemption’ is that they focus on price. Price is only one dimension of competition. [...]”

Também Michal Gal e Daniel Rubinfeld²³ apontam consequências concorrenciais de *zero-price markets*. Dentre os aspectos positivos, pode-se citar aumento de vantagens para o consumidor (*consumer surplus*), efeito pró-competitivo de incentivar *players* a competirem em qualidade, ou como estratégia de novos entrantes para superarem barreiras existentes em certos mercados com elevados efeitos de rede ou custos de transição (*switching costs*). Possíveis efeitos negativos compreenderiam criação ou fortalecimento de poder de mercado significativo e fechamento de mercado: seria naturalmente mais difícil que um entrante tivesse sucesso caso precisasse exigir pagamento positivo por um produto análogo já oferecido a preço zero, e a necessidade de ofertar também um bem relacionado pago aumentaria significativamente os custos do novo *player*. Newman aponta também como potenciais efeitos anticoncorrenciais o aumento de custos para os consumidores (quantidade e qualidade das informações e da atenção requeridas para fruição do produto) e redução do *output*, da qualidade ou da inovação em função do fechamento de mercado.²⁴

Deve-se considerar, ainda, o chamado *free effect* (ou *zero-price effect*). Consoante estudado por Kristina Shampanier, Nina Mazar e Dan Ariely,²⁵

However, while a merger or monopolistic practice may not affect whether a product is given away for free, it could very well affect such non-price dimensions as product attributes, service, and innovation. [...] The argument that free goods are not sold also does not make economic sense. Businesses still have to make decisions on how much to supply at a price of zero, and consumers still need to decide how much to demand given that they generally need to expend resources to obtain and consume these free products” (EVANS, David S. The antitrust economics of free. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555, 2011).

²³ GAL, Michal; RUBINFELD, Daniel L. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 401, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2529425>. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁴ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 149-206, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4. Acesso em: 10 abr. 2018.

²⁵ SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: the true value of free products. *Marketing Science*, v. 26, n. 26, 2007.

a atratividade do produto ou serviço preço zero para os consumidores pode ser tamanha que implique sua obtenção mesmo quando há alternativas que apresentam melhor custo-benefício. Nesse sentido, diante de um produto ou serviço que não exige pagamento de um valor positivo, consumidores tenderiam a adquiri-lo ainda que houvesse uma alternativa melhor que exigisse pagamento, mesmo que de um valor muito baixo.

Deve-se reconhecer, portanto, que apesar de *zero-price markets* não se encaixarem nos mecanismos tradicionais de análise concorrencial como aumento ou diminuição de preços, estão longe de serem irrelevantes para a dinâmica competitiva do mercado. Na realidade, podem afetar diversos aspectos não preço da concorrência, como qualidade, inovação, barreiras à entrada, nível de demanda, etc.

5.2.1 | FERRAMENTAS DE ANÁLISE, DESAFIOS E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS

A ausência de precificação em *zero-price markets* tem como consequência a inaplicabilidade de algumas ferramentas analíticas comumente utilizadas para análise concorrencial de determinadas práticas ou de atos de concentração.

Isso decorre do fato de que tradicionalmente se adota a corrente da escola de Chicago, segundo a qual, conforme atestado por Richard Posner, “a lente adequada para a análise de problemas antitruste é a teoria de preço”.²⁶ Mecanismos de avaliação desenvolvidos ao redor dessa ideia são, naturalmente, inadequados em se tratando de *zero-price markets*, pois, conforme abordado *supra*, a relevância concorrencial de tais mercados compreende fatores competitivos não preço.

A avaliação antitruste de *zero-price markets* depara-se, de início, com uma dificuldade: conforme tratado anteriormente, produtos e serviços disponibilizados a preço zero sinalizam frequentemente a existência de um

²⁶ No original em inglês: “the proper lens for viewing antitrust problems is price theory” (POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 925, 1979, p. 932).

segundo mercado relacionado e interdependências entre eles que afetam a análise. Há, portanto, maior complexidade, pois ao menos dois mercados, com dinâmicas competitivas possivelmente distintas, serão analisados, assim como grupos de consumidores, fornecedores e outros fatores. Isso quando não é necessário analisar um único mercado de dois ou mais lados (por exemplo, em algumas das chamadas “plataformas transacionais”, nas quais o produto ofertado é uma transação entre dois grupos).²⁷

Adicionalmente, as variáveis concorrenciais envolvidas nos produtos e serviços aqui discutidos são de difícil mensuração. Qualidade e inovação, por exemplo, são dimensões bastante subjetivas, podendo variar de consumidor para consumidor. A avaliação dessas dimensões pode inclusive ser adicionalmente dificultada pelo fato de que vários produtos digitais não encontram outros produtos ou versões concorrentes para serem comparados diretamente entre si. Na mesma linha, ainda não há ferramentas práticas desenvolvidas para medir de forma objetiva custos de atenção ou valor de dados fornecidos por usuários aos agentes econômicos.

A consequência prática dessas questões, como adiantado, é a inaplicabilidade das ferramentas analíticas tradicionalmente empregadas. A definição de mercado relevante, por exemplo, se feita de forma tradicional, não refletirá adequadamente a dinâmica competitiva do mercado não precificado, na medida em que ignora possíveis impactos em mercados adjacentes, complementares ou de alguma forma a ele relacionados (por exemplo, substitutos parciais).

²⁷ Recente decisão da Suprema Corte norte-americana aborda essa questão no caso *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. ____ (2018). No original em inglês: “In this case, both sides of the two-sided credit-card market – cardholders and merchants – must be considered. Only a company with both cardholders and merchants willing to use its network could sell transactions and compete in the credit-card market. And because credit-card networks cannot make a sale unless both sides of the platform simultaneously agree to use their services, they exhibit more pronounced indirect network effects and interconnected pricing and demand. Indeed, credit-card networks are best understood as supplying only one product – the transaction – that is jointly consumed by a cardholder and a merchant. Accordingly, the two-sided market for credit-card transactions should be analyzed as a whole”.

Também os cálculos usuais de participação de mercado deixam de funcionar. Não é possível, por questões óbvias, dimensionar o *market share* de determinado agente econômico pela representatividade do valor de suas vendas no valor total no mercado, já que o valor total do mercado é zero, assim como o valor de venda dos *players* que nele atuam.²⁸ No caso de produtos ofertados no modelo *freemium* e, sobretudo, básico/*pro*, percebe-se mais uma distorção, na medida em que voltar a análise de *market share* somente para a ponta pagante dos usuários equivale a desconsiderar uma de suas fontes de renda, o potencial de crescimento do produto, assim como a eventual vantagem competitiva decorrente da ubiquidade da versão básica.

Da mesma forma, o teste do monopolista hipotético (TMH) com *small but significant non-transitory increase in price* (SSNIP) perde completamente o sentido, já que a variável sob análise é o preço, e um aumento percentual de zero continuará resultando em zero.

Em seu estudo acerca da Amazon, Khan defende a tese de que a aplicação dos critérios tradicionais de recuperação dos custos incorridos (*recoupment*) em condutas de preço predatório pelo Department of Justice (DOJ) contribuiu intensamente para a concentração de poder de mercado da gigante *on-line*.²⁹ Apesar de não se tratar de um caso de preço zero, a precificação uniformemente baixa de *e-books best-sellers* pela Amazon ilustra a incompatibilidade entre a análise de *recoupment* clássica e estratégias de precificação na economia digital.

Segundo Khan, o governo americano cometeu um erro ao analisar a lucratividade do negócio de *e-books* da Amazon no agregado e ao caracterizar

²⁸ Destaca-se que é possível que determinados agentes ofereçam um produto ou serviço gratuitamente enquanto outros o fazem de forma paga. É o caso, por exemplo, de serviços de *e-mail* como Gmail (gratuito) e iG (pago). Nessa situação, o cálculo de *market share* com base no valor de vendas distorceria ainda mais a realidade do mercado: no exemplo dado, a iG necessariamente seria sempre o maior agente, independentemente do fato de ter seu serviço mais ou menos utilizado do que provedores gratuitos.

²⁹ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 12 abr. 2018.

sua conduta como *loss leading* em vez de preço potencialmente predatório.³⁰ Essa falha desconsiderou dois aspectos inerentes ao modelo de negócio da Amazon, comuns também a diversas plataformas *on-line*: (i) quanto maior é o risco de monopolização que surge com grandes descontos ofertados por empresas de plataforma em relação àquele criado por empresas que não funcionam em plataforma; e (ii) as diversas estratégias à disposição de Amazon para recuperar suas perdas diferentes de aumentar o preço dos mesmos *e-books* que eram vendidos a preços baixos.³¹

Em suma, a linha traçada tradicionalmente para diferenciar *loss leading* de preços predatórios se torna tênue na economia de plataformas – território comum para mercados de preço zero.

Não foram identificadas, até o momento, soluções que abordem plenamente todos os obstáculos resultantes de mercados de preço zero. Isso é agravado pelo fato de que a relevância concorrencial dos mercados não precificados aumentou drasticamente com o crescimento das economias digitais, que, além dos pontos abordados neste capítulo, oferecem inúmeros outros desafios a serem considerados – como privacidade, dinamismo e rápida inovação de tais mercados, etc. No entanto, há algumas alternativas a serem consideradas que, ao menos, mitigam os problemas enfrentados ao analisar produtos e serviços ofertados a preço zero.

No caso da definição de mercado relevante, conforme sugerido por David Evans,³² por exemplo, pode-se considerar conjuntamente o produto não precificado e o produto pago no caso de bens complementares, dada sua interdependência. Técnica similar pode ser usada para mercados de dois ou mais lados, considerando não apenas a competição no lado pago do

³⁰ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, p. 758, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³¹ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, p. 759, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³² EVANS, David S. The antitrust economics of free. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555, 2011.

mercado, mas reconhecendo como o produto/serviço gratuito pode influenciar a dinâmica competitiva do outro lado da plataforma. Essas soluções, porém, esbarram em dificuldades práticas, na medida em que o aumento do número de fatores a serem considerados, cada um com sua característica própria, eleva significativamente a complexidade da avaliação.

Ainda, considerar padrões de qualidade na definição de mercado relevante pode se mostrar uma importante ferramenta, especialmente quando não houver preço a ser considerado. Conforme já apontado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),³³ a aplicação de um teste *small but significant, non-transitory decrease in quality* (SSNDQ) poderia auxiliar na avaliação de preferências do consumidor com relação à qualidade. No entanto, essa alternativa encontra diversas críticas pela difícil aplicação prática – e.g., desafios sobre como quantificar qualidade, dificuldade de medir a qualidade de inúmeras características simultaneamente, posições divergentes sobre melhor ou pior qualidade de um atributo, etc.

Em todo caso, não há unanimidade entre os autores acerca da melhor forma de definir o mercado relevante quando se trata de preço zero. Evans entende que os *attention seekers* formariam essencialmente um único mercado, independentemente do *locus* em que a atenção é obtida (motor de pesquisa, rede social, *e-commerce*, etc.).³⁴ Newman discorda, na medida em que enfatiza a natureza transacional³⁵ dos mercados de preço zero³⁶. Em sua concepção, existiria um mercado por atenção correspondente a

³³ OECD. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁴ EVANS, David S. The antitrust economics of free. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555, 2011.

³⁵ Ou seja, situações de dois ou múltiplos lados nas quais há uma transação entre os usuários do lado de preço zero e aqueles do lado pago, por meio de uma plataforma.

³⁶ NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 149-206, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4. Acesso em: 10 abr. 2018.

cada produto (ou grupo de produtos análogos) em que os consumidores decidem dedicar quantidade ou qualidade determinada de atenção em troca do produto.

No caso de cálculo de *market share*, pode-se considerar o volume de vendas/quantidade de usuários, no lugar do valor. No entanto, ainda que tal ferramenta ajude a dimensionar o mercado, ela é limitada, já que não compreende todos os aspectos relevantes da competição. Não abrange as variáveis de difícil expressão numérica, particularmente importantes em mercados de preço zero, como a qualidade. Adotando a premissa de Evans acerca da definição do mercado relevante, segundo a qual haveria um único mercado de *atenção* no universo de marketing *on-line*, seria possível medir o poder de mercado do Facebook e da Google com base no preço que cada um cobra pelo espaço e pelo tempo de anúncios publicitários?

De forma similar, o SSNIP poderia ser adaptado, substituindo a variável preço por custo, resultando no *small but significant non-transitory increase in cost* (SSNIC). Conforme explorado *supra*, consumidores de produtos e serviços preço zero não os obtêm de forma gratuita, na medida em que o pagamento pode ser substituído por dados, tempo e atenção. Além da dificuldade de mensurar com precisão qualitativa e quantitativamente os dados, o tempo e a atenção que consumidores trocam para obter bens de preço zero, tal solução encontra o desafio adicional de atribuir um valor numérico a tais variáveis, o qual pode variar conforme cada usuário. Isto é, o valor que se dá à privacidade do nome, do CPF ou do endereço e que se dá à atenção por cinco segundos de publicidade ou 20% da tela ocupada por *banners* com anúncios é altamente subjetivo.

Há que se considerar, ainda, especialmente para mercados digitais, a análise da chamada concorrência dinâmica. Dessa forma, não seria considerado apenas um retrato estático da rivalidade atual em certo mercado, e sim seu possível desenvolvimento futuro, considerando concorrência potencial. Na concorrência potencial, a atração de clientes pela oferta a preço zero de um produto representa papel relevante, vez que são características de tais mercados a inovação e mudanças constantes. Deve-se atentar, porém, para que essa análise seja fundamentada e cuidadosa, de forma a evitar o exercício de futurologia.

Verifica-se, portanto, que, apesar de haver limitações para as soluções abordadas, é imperativo que se reconheça sua importância. Dado que *zero-price markets* apresentam características peculiares, nem sempre identificadas em mercados com preços positivos, os mecanismos aqui abordados podem, ao menos, oferecer um reflexo mais próximo da realidade competitiva desses mercados.

CONCLUSÃO

A concepção tradicional de mercado, que envolve agentes econômicos buscando oferecer produtos e serviços pelo maior preço possível e consumidores objetivando adquiri-los pelo menor preço possível, tem sido desafiada pelo crescimento de modelos de negócio diferentes, especialmente em economias digitais.

Trata-se dos chamados *zero-price markets*, nos quais agentes econômicos não exigem pagamento de valor monetário pelos produtos e serviços ofertados. Apesar da ausência de preço positivo, porém, tais mercados não deixam de ser concorrencialmente relevantes. Isso porque não se trata de bens gratuitos, na medida em que há outros fatores que não o preço desejados pelas empresas e pagos pelos consumidores, como custos de atenção e informações pessoais. Da mesma forma, em plataformas de múltiplos lados, outros grupos de usuários podem pagar para que certos consumidores tenham acesso gratuito a determinadas funcionalidades.

Mercados que atuam com preço zero possuem particularidades, especialmente no que diz respeito a mercados relacionados. Verifica-se que um agente econômico pode agir de forma perfeitamente racional, buscando a obtenção de lucro, e ainda assim não exigir preço positivo pelo produto ou serviço. Isso é possível em razão da interdependência com bens relacionados para os quais se exige pagamento, tornando a estratégia de precificação a zero economicamente viável em caso de bens complementares, mercados de dois ou múltiplos lados e produtos e serviços *freemium/pro*.

Todos esses fatores – ausência de preço positivo, pagamento por meio de valores não pecuniários e existência de mercados relacionados – implicam desafios para a análise concorrencial de *zero-price markets*. Não apenas as

ferramentas analíticas tradicionais deixam de funcionar, como também há a necessidade de avaliação conjunta de mercados distintos (porém inter-relacionados) e de variáveis de difícil expressão numérica e/ou objetiva.

Faz-se necessário, portanto, que o direito da concorrência esteja atento para o crescente desenvolvimento de tais mercados e que, quando necessária sua análise, sejam empreendidos esforços redobrados, de forma a considerar as possíveis variações em relação aos mercados tradicionais em que são cobrados preços positivos. Dessa forma, com o reconhecimento das implicações das particularidades do preço zero para o antitruste, poderão ser testadas e desenvolvidas ferramentas que avaliem adequadamente sua dinâmica competitiva.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. Brasília, 11/10/2013.
- ESTADOS UNIDOS. FTC. File n. 111-0163. Washington, 03/01/2013.
- ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. ____ (2018). Washington, D.C., 25/06/2018.
- ESTADOS UNIDOS. United States District Court, N. D. California, San Jose Division. *Kinderstart.com, LLC, v. Google, Inc.* San Jose, 16/03/2007.
- EVANS, David S. The antitrust economics of free. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555, 2011.
- GAL, Michal; RUBINFELD, Daniel L. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 401, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2529425>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- GURKAYNAK, Gonenc; UÇTU, Esra; ACAR, Anil. Applying the dynamic competition approach to zero-priced markets. In: CHARBIT, Nicolas; MALHADO, Carolina S.; YANG, Ellie (ed.). *Douglas H. Ginsburg: an antitrust professor on the bench. Liber amicorum*. Concurrences, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3149317>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, v. 49, 2016. Disponível em: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol94/iss1/5. Acesso em: 10 abr. 2018.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4. Acesso em: 10 abr. 2018.

OECD. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6. ed. Tradução: Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 925, 1979.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006.

SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: the true value of free products. *Marketing Science*, v. 26, n. 26, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Case AT.39740. Bruxelas, 27/06/2017.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Case n. COMP/M.6281. Bruxelas, 07/10/2011.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Case n. COMP/M.8124. Bruxelas, 6/12/2016.

6. CLÁUSULAS DE PARIDADE (MFN) EM PLATAFORMAS DIGITAIS: A EXPERIÊNCIA NO SEGMENTO DE AGÊNCIAS DE VIAGEM *ON-LINE* (OTAs)

João Felipe Achcar de Azambuja

INTRODUÇÃO

As chamadas cláusulas de paridade – também referidas na literatura como cláusulas de “nação mais favorecida” ou pelo termo em inglês *most-favored-nation* (MFN) – constituem uma figura clássica de livro-texto de direito da concorrência e dividem opiniões da doutrina e de autoridades, dada a ambiguidade de seus efeitos concorrenciais. Utilizado em relações comerciais entre privados nos mais diversos setores e elos da cadeia produtiva, esse arranjo, cujo nome remete à sua origem no direito internacional, atrai hoje particular atenção quando inserido em plataformas de distribuição e intermediação *on-line* para fornecimento de bens e serviços a consumidores finais.

Com o desenvolvimento e a consolidação de uma economia global cada vez mais digital, observa-se uma proliferação de plataformas *on-line* para intermediação do consumo de bens e serviços.¹ Nos Estados Unidos, um dos principais mercados de *e-commerce* no mundo, as vendas de varejo *on-line* cresceram 250% de 2010 a 2017,² enquanto no Brasil estima-se que o

- 1 Por exemplo, 55% das reservas de acomodações para turismo realizadas por cidadãos europeus em 2014 ocorreram por meio de plataformas de OTAs (MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 1).
- 2 BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2177, com base em dados do United States Census Bureau.

faturamento total com vendas via *e-commerce* tenha crescido mais de 300% entre 2011 e 2017, ano em que ultrapassou R\$ 60 bilhões.³ No contexto de intermediação por plataformas digitais, é comum que o modelo de negócio para a distribuição de produtos seja o modelo de agência, no qual o fornecedor do bem ou serviço estabelece o preço que será ofertado ao consumidor que o adquirir na plataforma digital, enquanto esta cobra uma comissão sobre a venda do produto (em geral, uma porcentagem do preço final), de modo que a plataforma disponibiliza bens ou serviços que são fornecidos por terceiros.⁴ Diversas plataformas de *e-commerce* e *websites* para reserva de serviços de viagens, por exemplo, adotam esse modelo. Recentemente, especial enfoque tem sido atribuído ao uso de cláusulas MFN em plataformas digitais sob o modelo de agência,⁵ provocando interessante debate no meio acadêmico: enquanto alguns autores clamam por maior intervenção antitruste em tais relações comerciais,⁶ outros questionam em que medida essas cláusulas de paridade realmente produzem efeitos anticompetitivos.⁷

É notório que, a partir de 2010, autoridades concorrenciais ao redor do mundo passaram a mostrar alguma preocupação com os efeitos de cláusulas

- 3 DINO. Segundo dados, *e-commerce* cresce 12% em 2017 e tem projeção de 15% em 2018. *Exame*, 23 fev. 2018. Disponível em: https://exame.abril.com.br/negocios/dino_old/segundo-dados-e-commerce-cresce-12-em-2017-e-tem-projecao-de-15-em-2018/. Acesso em: 10 maio 2020.
- 4 JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 2.
- 5 FLETCHER, Amelia; HVIID, Morten. Broad retail price MFN clauses: are they RPM “at its worst”? *Antitrust Law Journal*, v. 81, n. 1, 2017, p. 66; e BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, 2016, p. 1.
- 6 Ver, por exemplo: BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018.
- 7 Ver, por exemplo: VERGÉ, Thibaud. Are price parity clauses necessarily anticompetitive? *Competition Policy International (CPI)*, 22 jan. 2018; e JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017.

de paridade em plataformas digitais,⁸ conduzindo cuidadosas investigações.⁹ Órgãos antitruste têm sido incitados a se posicionar sobre seus possíveis efeitos anticompetitivos, e, a julgar pelas experiências em diferentes jurisdições até o momento, parece não existir um consenso geral sobre se, quando e como esse tipo de arranjo comercial deve ser proibido,¹⁰ ou mesmo se deve ser avaliado sob a regra da razão ou como um ilícito por objeto.¹¹ Nesse contexto, merecem especial atenção as investigações em diferentes jurisdições sobre o uso de cláusulas de paridade por agências de viagem *on-line* (*on-line travel agencies* [OTAs]), que proliferaram pela Europa (e culminaram em desdobramentos em diversos países do mundo, inclusive o Brasil) e constituem o melhor exemplo até hoje da ausência de um entendimento uniforme sobre o tema.¹²

Valendo-se da ampla e interessante repercussão antitruste de cláusulas de paridade nesse setor, o cenário das OTAs foi escolhido como principal foco deste capítulo para analisar a questão de MFN em plataformas digitais. Pretende-se, ao apresentar alguns dos principais pontos de vista da doutrina selecionada e precedentes recentes no Brasil e no mundo sobre o tema, mapear os elementos centrais do estágio atual da discussão sobre os potenciais efeitos positivos e negativos das cláusulas de paridade à concorrência. Para tanto, após esta breve introdução, este capítulo é segmentado nas seguintes

- 8 GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 30.
- 9 GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 26.
- 10 VERGÉ, Thibaud. Are price parity clauses necessarily anticompetitive? *Competition Policy International (CPI)*, 22 jan. 2018, p. 3.
- 11 Ver: GUERRERO-RODRÍGUEZ, Luis Omar; MICHAUS-FERNÁNDEZ, Martín. Most-favored-nation clauses: a business need, but unresolved topic in Mexico. *Competition Policy International (CPI)*, 14 mar. 2016.
- 12 JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 4.

seções: (i) MFN: origem, conceitos e características; (ii) argumentos teóricos sobre os efeitos de MFN na concorrência; (iii) a mecânica de MFN no setor de OTAs; (iv) investigações antitruste no setor de OTAs; (v) estudos empíricos no setor de OTAs; e (vi) análise da teoria de dano de MFN em plataformas. Por fim, são apresentadas breves conclusões organizando os temas discutidos.

6.1 | **MFN: ORIGEM, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS**

A origem de cláusulas de paridade é antiga e remonta ao direito internacional privado.¹³ Tais provisões eram incluídas em tratados internacionais de forma a obrigar um Estado-parte em um acordo comercial a conceder aos outros Estados-partes desse acordo tratamento não menos favorável do que concede a terceiros em outros acordos similares. Há registros de tratados internacionais do final do século XVIII que já continham cláusulas de nação mais favorecida, e diversos tratados internacionais da Organização Mundial de Comércio (OMC) aplicam provisões desse tipo ainda hoje, como o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade [GATT]), o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (General Agreement on Trade in Services [GATS]) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.¹⁴

Em relações comerciais entre agentes privados, a lógica de uma obrigação de paridade é essencialmente a mesma. Trata-se de provisões, geralmente inseridas em acordos verticais, visando estabelecer a obrigação de que uma parte contratante conceda à outra determinadas condições comerciais (tais como preço, condições de pagamento, disponibilidade, condições e prazos de entrega, garantias, etc.) tão ou mais favoráveis que

¹³ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017. p. 301-302.

¹⁴ GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, p. 26-27, 2015.

aquelas que pratica com terceiros.¹⁵ O exemplo clássico para ilustrar a obrigação de paridade é o acordo entre fornecedor e distribuidor por meio do qual o fornecedor se compromete a não oferecer preços mais baixos para outros distribuidores – ou, caso venha a fazê-lo, que ofereça esse mesmo preço para o distribuidor ao qual está vinculado por paridade. Note-se, contudo, que a paridade pode envolver uma outra condição comercial que não o preço, ou uma combinação de diversas condições comerciais.

Obrigações de paridade podem se apresentar nas mais distintas formas. Não necessariamente precisam ser estipuladas contratualmente, podendo ser declaradas unilateralmente como política de uma empresa, por exemplo. Além disso, podem recair tanto sobre fornecedores (consumidor mais favorecido) quanto sobre consumidores (fornecedor mais favorecido).¹⁶ No caso dos mercados envolvendo plataformas digitais, em geral cláusulas de MFN impedem fornecedores de ofertar bens ou serviços a preços inferiores em outros canais de distribuição, como plataformas concorrentes. Assim, essas plataformas garantem que consumidores não terão acesso aos produtos fornecidos a um preço menor, não porque são mais competitivas, mas sim por terem estabelecido tal obrigação por contrato com fornecedores.¹⁷

Cláusulas de paridade impostas por plataformas digitais a fornecedores de bens ou serviços podem ser amplas (*wide/broad parity clauses*) ou restritas (*narrow parity clauses*).¹⁸ Cláusulas amplas são aquelas que impedem

¹⁵ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017. p. 302-303.

¹⁶ Nesse sentido, ver: BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013, p. 20; e GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 26.

¹⁷ BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2178.

¹⁸ GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 33.

o fornecedor de praticar condições comerciais mais favoráveis do que as negociadas com a plataforma em qualquer canal de venda, ou seja, o fornecedor não pode ofertar condições melhores nem para outras plataformas, nem em seu próprio *site* ou qualquer outro canal de venda direto.¹⁹ Na prática, essa obrigação assegura que será impossível para o consumidor final obter preços inferiores aos dessa plataforma.

As cláusulas MFN de modalidade restrita, por sua vez, permitem que o fornecedor ofereça condições mais favoráveis para plataformas concorrentes, porém não em todos os seus canais de venda. No caso das restrições impostas às OTAs ao redor do mundo, conforme será mais bem detalhado adiante, cláusulas MFN restritas permitem que hotéis ofereçam preços e disponibilidade de quartos mais favoráveis em OTAs concorrentes e em canais de venda *off-line*, porém não em seu próprio *website*.²⁰

Por fim, a literatura destaca ainda a existência de cláusulas denominadas “MFN mais” (ou “*MFN plus*”), que obrigam que os preços ofertados em determinada plataforma sejam inferiores aos preços ofertados para concorrentes, garantindo à outra parte não apenas as condições mais favoráveis possíveis, mas que nenhum outro agente terá condições tão favoráveis quanto ele.²¹

A doutrina internacional discute há décadas as eficiências e os prejuízos à concorrência de cláusulas de paridade,²² e mesmo no Brasil, ainda que de forma mais escassa, há também autores que se debruçaram sobre

¹⁹ BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, 2016, p. 2.

²⁰ MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 1.

²¹ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017. p. 303.

²² Ver: BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, 2016, p. 3, que indica artigos sobre os impactos de MFN tradicionais datados da década de 1990; e JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 4.

o tema.²³ Da mesma forma, autoridades antitruste se preocupam com obrigações de paridade há bastante tempo, especialmente em jurisdições como nos Estados Unidos e na Europa. Cláusulas MFN já foram objeto de investigação em jurisdições estrangeiras nos mais variados setores, como estúdios de filmagem, energia elétrica, aditivos de gasolina, planos de saúde e dentários, entre outros,²⁴ embora no Brasil apenas de forma muito incipiente.²⁵

Não obstante, há alguns aspectos relevantes sobre MFN em plataformas digitais e o modelo de agência que não são contemplados em uma análise tradicional de obrigações de MFN.²⁶ Entre eles, destaca-se a existência de comissão a ser paga pelo fornecedor à plataforma, enquanto o fornecedor

- 23** Ver, por exemplo: ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017; OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. *Concorrência.com: cláusulas de paridade, MFNs e agências de turismo on-line*. Jota, 2 abr. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-com-clausulas-de-paridade-mfns-e-agencias-de-turismo-on-line-02042018. Acesso em: 10 maio 2020; e RIBEIRO, Eduardo Pontual; SAITO, Carolina. Defesa da concorrência e cláusulas contratuais de preços que se referem a terceiros: cláusulas da nação mais favorecida (MFN). In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (org.). *Compêndio de direito da concorrência: temas de fronteira*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2015.
- 24** SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an administrable MFN enforcement policy. *Antitrust*, v. 27, n. 2, p. 16-17, 2013.
- 25** Até hoje, o único caso de destaque analisado pelo Cade envolvendo a aplicação de cláusulas MFN é o Inquérito Administrativo n. 08700.005679/2016-13, referente a práticas comerciais adotadas por OTAs. Esse inquérito administrativo recentemente chegou a um desfecho após a negociação de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) de prática com todas as empresas investigadas (Booking.com, Expedia e Decolar.com), homologados em Sessão Ordinária de Julgamento realizada em 27 de março de 2018. Nesse sentido, ver: ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017. p. 318-319, indicando precedentes anteriores do Cade nos quais os possíveis impactos à concorrência de cláusulas MFN foram abordados apenas de maneira tangencial.
- 26** BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, p. 2-3, 2016.

estabelece o preço final. Assim, as próximas seções deste capítulo terão como foco os possíveis impactos à concorrência de cláusulas MFN especificamente no contexto de plataformas *on-line*, com destaque para as investigações envolvendo OTAs.

6.2 | ARGUMENTOS TEÓRICOS SOBRE OS EFEITOS DE MFN NA CONCORRÊNCIA

6.2.1 | RACIONALIDADE ECONÔMICA

A literatura recente indica que cláusulas MFN podem apresentar diversas eficiências econômicas em situações específicas.²⁷ Em artigo intitulado “The competitive consequences of most-favored-nation provisions”, Jonathan B. Baker e Judith A. Chevalier organizam algumas das principais justificativas econômicas para o uso de MFN em relações comerciais específicas.²⁸ De acordo com os autores, cláusulas de paridade podem ser economicamente justificáveis, por exemplo, no caso de um agente econômico que incorre em investimentos significativos específicos para viabilizar relação de fornecimento com parceiro comercial. Em situações como essa, cláusulas MFN podem ser utilizadas para impedir que o agente econômico se torne vulnerável perante tal parceiro comercial após ter incorrido em significativos custos irrecuperáveis. Ainda, considerando que tais relações de fornecimento tipicamente são regidas por contratos de longo prazo, a obrigação de MFN pode ser utilizada também para garantir a flexibilização necessária para a manutenção das condições de mercado, substituindo o emprego de um índice externo de atualização de preços.²⁹

²⁷ BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2183.

²⁸ Ver: BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013.

²⁹ BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, p. 20-21, 2013.

Pode haver racionalidade econômica no uso de MFN em casos nos quais um dos agentes envolvidos possui incentivos para postergar ao máximo a realização de determinada transação comercial, na expectativa de obter condições mais favoráveis. É o caso, por exemplo, de relações comerciais envolvendo a aquisição de terrenos para a construção de empreendimento imobiliário, em que o proprietário de cada terreno possui incentivo para ser o último a negociar com o incorporador, aumentando seu poder de barganha.³⁰ Cláusulas de paridade podem ser utilizadas para padronizar condições comerciais e reduzir tais incentivos.

Cláusulas MFN podem também reduzir custos de transação, uma vez que provisões desse tipo reduzem o escopo de negociação entre os agentes econômicos.³¹ Isso pode ser especialmente relevante em casos nos quais um agente econômico é obrigado a negociar com diversos parceiros comerciais simultaneamente.

No caso de plataformas *on-line*, uma possível justificativa econômica para o uso de MFN estaria relacionada à redução nos custos de consumidores para localizar as melhores ofertas, pois cláusulas de paridade que impeçam fornecedores de ofertar, em outros canais de vendas, preços mais baixos do que aqueles praticados em determinada plataforma reduzem os esforços desse consumidor para pesquisar preços.³²

Outra possível justificativa econômica para MFN em plataformas digitais estaria relacionada aos efeitos de *free-riding* ou *showrooming*. Caso a plataforma seja utilizada para consulta de preços, porém consumidores acabem negociando diretamente com fornecedores por preços mais baixos, tanto fornecedores quanto consumidores estariam se beneficiando de

³⁰ BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013, p. 21.

³¹ BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013, p. 22.

³² GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 35.

efeitos de *free-riding* com a exposição e praticidade permitidas na plataforma sem remunerá-la.³³

Não obstante as eficiências descritas *supra*, que podem ser aplicáveis em maior ou menor grau em cada caso concreto, a teoria indica argumentos para uma visão bem mais pessimista sobre os efeitos de cláusulas MFN na concorrência. A principal teoria de dano em casos de MFN em plataformas pode ser resumida, basicamente, na hipótese de que, embora à primeira vista essas cláusulas aparentem assegurar que sejam praticados os menores preços possíveis, na prática os preços tendem a aumentar, mesmo para as plataformas que obtêm os menores preços dentre os ofertados no mercado, e a entrada ou expansão de plataformas menores torna-se mais difícil.³⁴

Essa hipótese será mais bem detalhada nas subseções a seguir e se relaciona a preocupações concorrenciais de duas naturezas distintas: colusiva e exclusionária.³⁵

6.2.2 | PREOCUPAÇÕES DE NATUREZA COLUSIVA

Preocupações de natureza colusiva sobre imposição de paridade por plataformas incluem tanto riscos de atuação coordenada entre agentes quanto decisões unilaterais de concorrer menos agressivamente.³⁶

Com relação ao primeiro ponto, alega-se que MFNs podem facilitar a colusão entre agentes *upstream*. Isso porque, em um cartel de fornecedores no qual todos estão vinculados a obrigações de paridade com diversos distribuidores/clientes, há menor incentivo para a concessão de descontos (que não podem ser pontuais). Nesse contexto, evitar desvios ao arranjo anti-

³³ WANG, Chengsi; WRIGHT, Julian. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n. 1, 2020, p. 23.

³⁴ GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 38.

³⁵ BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2179.

³⁶ GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 37.

competitivo torna-se mais fácil.³⁷ Além disso, o monitoramento de eventuais desvios ao cartel também se torna mais fácil, pois, dado que a concessão de descontos por um de seus participantes não poderia ocorrer de forma pontual, mas sim com todos os seus clientes sujeitos a essa paridade, tal desconto pode ser detectado mais facilmente.³⁸

O precedente recente de maior destaque envolvendo preocupações colusivas no uso de arranjos de paridade em plataformas digitais é o caso dos acordos firmados entre a Apple e alguns dos maiores agentes no mercado editorial de livros nos Estados Unidos para vendas de *e-books* em sua plataforma iBookstore, motivo de investigações pelas autoridades dos Estados Unidos³⁹ e da Comissão Europeia.⁴⁰ Na ocasião, que marcou a entrada da Apple no segmento de vendas de *e-books*, a Amazon era líder de mercado e operava por meio de um modelo de distribuição no qual adquiria dos editores o direito de revenda dos *e-books* e estabelecia os preços de varejo, notadamente baixos, para os consumidores finais os adquirirem em sua plataforma. Ao aceitar o modelo de agência com cláusulas MFN proposto pela Apple, os editores estariam impedidos de ofertar os seus *e-books* na iBookstore por preço maior do que os preços baixos ofertados pela Amazon. Assim, tais editores converteram seus contratos de distribuição com a Amazon para modelo de agência e passaram a estabelecer o preço final do produto. As cortes americanas, assim como a Comissão Europeia, identificaram que, com o passar do tempo, o preço dos *e-books* para o consumidor final havia aumentado significativamente por conta do arranjo contratual implementado pela Apple.⁴¹

³⁷ BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013, p. 23.

³⁸ BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013, p. 23.

³⁹ United States v. Apple, Inc.

⁴⁰ Case COMP/AT.39487-*E-books*.

⁴¹ Comentando tais decisões: BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2191; e GONZÁLEZ-

Além de facilitar a possibilidade de colusão, afirma-se que a introdução de cláusulas MFN pode ser responsável por atenuar a pressão competitiva no mercado.⁴² Quando cláusulas MFN são correntes no mercado, como no caso das plataformas digitais que obrigam diversos fornecedores presentes em múltiplas plataformas a se comprometer com cláusulas de paridade, a concessão de descontos se torna mais cara, pois descontos deverão ser concedidos a todas essas plataformas. Assim, a tendência é que esses fornecedores concorram de forma menos agressiva, o que, em última instância, resultaria em taxas de comissão mais altas para as plataformas e em preços mais altos para consumidores finais.⁴³ Além do caso recente envolvendo a Apple e sua iBookstore, descrito *supra*, o potencial colusivo de cláusulas MFN em indústrias *off-line* já havia sido apontado pelas autoridades anti-truste no Estados Unidos em casos antigos.⁴⁴

6.2.3 | PREOCUPAÇÕES DE NATUREZA EXCLUSIONÁRIA

Além das preocupações de natureza colusiva indicadas *supra*, a doutrina aponta que cláusulas de paridade podem também gerar efeitos exclusionários. Em mercados nos quais fornecedores estão contratualmente obrigados a oferecer seus menores preços para plataformas incumbentes, a entrada de um novo agente é mais difícil, pois fornecedores estão menos dispostos a conceder eventuais descontos e apostar em modelos de negócio alternativos. Nesse caso, mesmo que a plataforma entrante seja mais eficiente e exija comissões menores que as incumbentes – o que permitiria aos fornecedores obter o mesmo retorno líquido (i.e., valor pós-comissões) com

-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 28.

⁴² BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2179.

⁴³ BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013, p. 23.

⁴⁴ Nesse sentido, ver: United States v. General Electric Co. (1977) e E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. Federal Trade Commission (1984).

preços finais mais baixos que aqueles ofertados aos incumbentes –, os fornecedores não poderão reduzir seus preços finais. Com tais barreiras à entrada, um novo agente possui um leque mais limitado de oportunidades para viabilizar seu ingresso e a tendência é a perpetuação de um único modelo de negócio e estrutura de mercado: a entrada só não é improvável se ocorrer nos mesmos termos dos MFNs impostos por concorrentes e se o entrante tiver porte significativo.⁴⁵

Após esta breve exposição teórica, passa-se à análise dos casos concretos envolvendo MFN no setor de OTAs.

6.3 | **A MECÂNICA DE MFN NO SETOR DE OTAS**

O setor hoteleiro passou por significativas alterações na última década devido ao grande aumento de plataformas *on-line* para reservas, conhecidas como OTAs. A título de exemplo, aponta-se que 55% das reservas de acomodações para turismo realizadas por cidadãos europeus em 2014 ocorreram por meio de plataformas de OTAs.⁴⁶

OTAs são plataformas digitais nas quais consumidores podem realizar buscas, comparar preços e adquirir serviços de viagens de empresas listadas, como reservas de quartos em hotéis, passagens aéreas, aluguel de veículos, entre outros. Assim como em outras plataformas digitais que se valem do modelo de negócio de agência, as OTAs geralmente são remuneradas com uma comissão preestabelecida das reservas realizadas por consumidores via sua plataforma. Para uma OTA, é interessante abarcar o maior número possível de prestadores de serviços de viagem em sua plataforma, de modo a fornecer os melhores resultados de pesquisa para seus usuários. Para os prestadores de serviços de viagem, como hotéis, a exposição obtida

⁴⁵ GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 40.

⁴⁶ MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 1.

ao ser listada em uma OTA também é vantajosa, pois conseguem atingir um número muito maior de potenciais consumidores do que seriam capazes por meio de seus próprios canais de venda.

Nesse modelo, alega-se que prestadores de serviços de viagem possuem um grande incentivo para se listarem nas mais diversas OTAs, valendo-se da grande publicidade da plataforma, e, ao mesmo tempo, ofertarem preços menores em seu próprio *website* (ou outros canais de venda) do que os preços apresentados por meio de OTAs, atraindo, assim, consumidores para reservarem diretamente por seus canais de venda próprios, sem a cobrança de comissões das OTAs.⁴⁷ Ao perceberem que os preços ofertados diretamente por hotéis são mais baratos do que em OTAs, alega-se que consumidores passariam a utilizar OTAs somente para buscar vagas e, tendo concluído sua busca, tratariam diretamente com o hotel escolhido, ou mesmo com uma OTA rival (que, por exemplo, possa ter um mecanismo de busca de menor qualidade, mas que ofereça preços mais baixos). Trata-se de fenômeno de *free-riding*, bem conhecido na literatura econômica.⁴⁸ No mercado de OTAs, argumenta-se que a prática de *free-riding* acabaria por desencorajar a oferta de mecanismos de busca eficientes e inovadores, podendo culminar inclusive na extinção desse modelo de negócio, aumentando significativamente os custos de busca de consumidores.⁴⁹

Para evitar os efeitos de *free-riding* descritos *supra*, é corrente em mercados de OTAs ao redor do mundo o estabelecimento de obrigações de paridade com prestadores de serviços de viagem. Tais obrigações podem possuir escopos variados, restringindo a paridade apenas aos preços

⁴⁷ GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015, p. 34.

⁴⁸ WANG, Chengsi; WRIGHT, Julian. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n. 1, 2020, p. 23.

⁴⁹ BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2184.

ofertados para plataformas OTA, aos preços ofertados para OTAs e em outros canais de vendas *on-line*, ou ainda a todos os preços ofertados pelos hotéis. Apesar dessa possível racionalidade econômica, a partir de 2010 cláusulas MFN no setor de OTAs passaram a ser investigadas por diversas autoridades antitruste nacionais na Europa, em países como Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Grécia, Hungria, Irlanda, Polônia, República Tcheca e Suíça, além do Reino Unido, entre outros,⁵⁰ conforme será descrito na próxima seção.

6.4 | **INVESTIGAÇÕES ANTITRUSTE NO SETOR DE OTAS**

As investigações em jurisdições europeias tiveram como principal alvo as práticas de paridade impostas por gigantes no setor de OTAs, como Booking.com, responsável por 60% de participação de mercado no segmento na Europa, e Expedia, que, à época, impunham cláusulas de paridade ampla.⁵¹ Em abril de 2015, em investigação conduzida de forma conjunta pelas autoridades francesa, italiana e sueca, a Booking.com se comprometeu a substituir cláusulas de paridade ampla por cláusulas de paridade restrita, de modo a permitir que hotéis pudessem ofertar preços menores em canais *off-line* e para OTAs rivais. Em julho de 2015, a Booking.com voluntariamente estendeu esse compromisso para toda a Europa, seguida pela Expedia em agosto de 2015.⁵²

Por sua vez, o *Bundeskartellamt*, órgão antitruste alemão, determinou em dezembro de 2013 a proibição do uso de qualquer tipo de cláusula de

⁵⁰ Nesse sentido, ver: EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 4; e BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2187.

⁵¹ BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018, p. 2188.

⁵² MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 5.

paridade pela Hotel Reservation Service (HRS), uma das maiores OTAs no país.⁵³ Em dezembro de 2015, concluiu investigação similar contra a Booking.com, determinando a proibição do uso de qualquer cláusula de paridade pela empresa, mesmo após a modificação de suas cláusulas para obrigações de paridade restrita em todo o continente europeu.⁵⁴ Atualmente, ainda está em curso no *Bundeskartellamt* uma investigação contra a Expedia.⁵⁵

Além das decisões antitruste citadas *supra*, algumas jurisdições europeias editaram normas para coibir o uso de obrigações de paridade por OTAs. Em agosto de 2015, foi promulgada na França a chamada *Loi Macron*, a qual, entre outros, tornou nula qualquer prática de paridade de preços por OTAs.⁵⁶ Na mesma linha, Áustria e Itália realizaram alterações similares em suas leis de defesa da concorrência em novembro de 2016 e agosto de 2017, respectivamente, visando impedir a paridade de preços em OTAs.⁵⁷ Mais recentemente, outros países também passaram a banir cláusulas de paridade no setor de OTAs, como Bélgica e Suécia.

Em geral, a teoria de dano para justificar as proibições de cláusulas de paridade encontra respaldo nos argumentos teóricos citados *supra*.

⁵³ *Bundeskartellamt*, B9-66/10.

⁵⁴ Ver: *Bundeskartellamt*, B9-121/13. Cumpre ressaltar que a Booking.com questionou a decisão do *Bundeskartellamt* perante o Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*), e, em 4 de junho de 2019, o Tribunal entendeu que cláusulas de paridade restrita praticadas pela Booking.com não infringem a lei alemã, apenas as cláusulas de paridade ampla. Ver: Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, VI-Kart 2/16 (V).

⁵⁵ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 4.

⁵⁶ LOI n. 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁵⁷ MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 5.

Sugere-se que cláusulas desse tipo reduzem a rivalidade entre as OTAs incumbentes e dificultam a entrada ou expansão de novas e menores OTAs, resultando no aumento das taxas de comissão,⁵⁸ e, dado que as taxas representam um custo variável para os hotéis, esse aumento é refletido em um aumento no preço final pago por consumidores.⁵⁹ Quando todas as plataformas impõem cláusulas de paridade ampla, cada hotel oferta seus quartos pelo mesmo preço em qualquer canal de venda, e, portanto, o aumento unilateral de taxas de comissão para níveis superiores ao equilíbrio competitivo pode ser lucrativo para as OTAs, dado que não correm o risco de perder participação de mercado para seus rivais.⁶⁰

A justificativa para a manutenção de obrigações de paridade restrita é pautada na ideia de que a possibilidade de diferenciação entre OTAs é capaz de aumentar a pressão competitiva e viabilizar a entrada de novos agentes, ao mesmo tempo que evita que hotéis pratiquem *free-riding* com a exposição que têm em OTAs. Jurisdições que também proibiram cláusulas de paridade restrita, em geral, têm em mente a teoria de dano segundo a qual cláusulas de paridade restrita possuem como efeito preservar a restrição à concorrência causada por cláusulas de paridade ampla, dado que reduzem o incentivo a hotéis para diferenciarem preços em diferentes OTAs. Isso porque, caso o hotel queira conceder preços diferentes para cada OTA, ainda assim será obrigado a colocar preço em seu *website* maior ou igual ao maior preço que concede a uma OTA.⁶¹

⁵⁸ MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 35.

⁵⁹ JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 5.

⁶⁰ JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 5.

⁶¹ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 5.

No Brasil, a Superintendência-Geral (SG) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) instaurou em 2016 o Inquérito Administrativo n. 08700.005679/2016-13, a partir de representação protocolada pelo Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (FOHB) contra as OTAs Booking.com, Decolar.com e Expedia, para averiguar potenciais efeitos anticompetitivos de cláusulas de paridade impostas por essas empresas. Em sessão de julgamento realizada em 27 de março de 2018, foram homologados Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) com as três OTAs, por meio dos quais as empresas se comprometeram a cessar o uso de cláusula de paridade ampla. Com isso, passam a estar proibidas de aplicá-las para impedir que hotéis ofereçam preços mais baixos em canais de vendas *off-line* (como balcão de reservas, agências de turismo físicas e canal de atendimento telefônico) e em outras OTAs. Os acordos firmados com o Cade possuem vigência de três anos e, em razão da tipificação da conduta, não envolvem o pagamento de contribuição pecuniária, apenas a previsão de multa no caso do descumprimento da obrigação principal.

Ao longo da investigação no Brasil, as OTAs representadas alegaram basicamente que, em primeiro lugar, essas práticas devem ser analisadas sob a regra da razão e, no caso concreto, garantem melhores preços e condições comerciais para clientes, além de evitar *free-riding*. Afirmaram também que os hotéis podem facilmente rescindir seus contratos com OTAs a qualquer momento e que não há evidências de que as OTAs investigadas teriam posição dominante no Brasil. Não obstante, as autoridades concluíram que a imposição de cláusulas de paridade ampla pelas OTAs teria como principais efeitos: limitar a concorrência entre OTAs, homogeneizando o preço final ofertado ao consumidor; e dificultar a entrada de novas plataformas, já que, por causa da obrigação de paridade, a cobrança de uma menor taxa de comissão não repercute no preço final.⁶²

⁶² Ver: CADE. Booking, Decolar e Expedia celebram acordo de cessação com o Cade. *Notícias*, 27 mar. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade>. Acesso em: 10 maio 2020.

Por outro lado, a SG reconheceu que preservar a possibilidade de exigência de paridade em relação aos *sites* dos próprios hotéis seria justificável para minimizar a ocorrência de *free-riding* no mercado de reservas *on-line* de hotéis, e que a prática de *free-riding* poderia inviabilizar o negócio de OTAs e provocar um prejuízo ainda maior aos consumidores a longo prazo.⁶³

6.5 | ESTUDOS EMPÍRICOS NO SETOR DE OTAs

Decerto os acordos firmados no Brasil são recentes demais para que se possa avaliar propriamente qualquer impacto no mercado nacional de reservas *on-line* de hotéis. As experiências europeias descritas *supra*, por outro lado, permitem alguma análise comparativa sobre as características do mercado antes e depois da imposição de restrições às cláusulas MFN.

Em um exercício inédito de coordenação institucional entre agências antitruste nacionais europeias, as autoridades da Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Reino Unido, República Tcheca e Suécia, bem como o Diretório Geral da Comissão Europeia,⁶⁴ realizaram, em 2016, um exercício de monitoramento do setor de reservas de hotéis *on-line*, com o propósito de medir os impactos das recentes alterações nas cláusulas MFN impostas por OTAs em seus contratos com hotéis.⁶⁵ Por meio de questionários-padrão enviados para hotéis de diferentes portes (e pertencentes ou não a uma rede), OTAs e *sites* de comparação de preços, o comitê de monitoramento buscou coletar informações sobre (i) diferenciação de preços dos

⁶³ Ver: CADE. Booking, Decolar e Expedia celebram acordo de cessação com o Cade. *Notícias*, 27 mar. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁶⁴ As agências antitruste nacionais da Áustria e da Suíça participaram apenas de uma etapa inicial do processo.

⁶⁵ Ver: EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017.

hotéis em diferentes canais de venda; (ii) diferenciação de disponibilidade de quartos dos hotéis em diferentes canais de venda; e (iii) o valor das comissões pagas às OTAs,⁶⁶ tomando como recorte temporal o período de janeiro de 2013 a junho de 2016.

Embora haja algumas limitações importantes para que seu resultado seja conclusivo, inclusive por ter sido realizada pouco tempo após as alterações de cláusulas MFN no setor,⁶⁷ a pesquisa apresentou indícios interessantes sobre os efeitos das restrições às cláusulas MFN, sugerindo que não foi possível perceber impactos significativos no setor após as restrições de paridade nos países monitorados.

Em primeiro lugar, parcela significativa dos hotéis que participaram do monitoramento (47%) indicou que não sabia das alterações nas cláusulas de paridade das OTAs Booking.com e Expedia.⁶⁸ Parcela ainda maior (79%) informou não ter praticado preços diferentes entre OTAs após as alterações realizadas pela Booking.com e pela Expedia. Dentre as principais razões para tanto, os hotéis participantes afirmaram que não veem motivos para tratar OTAs de formas distintas; há receio de serem penalizadas por OTAs se não oferecerem seu melhor preço; há dificuldades em administrar diferentes preços em diferentes OTAs; e há a preocupação de não tornar o preço em seu *website* mais caro do que o preço ofertado por

⁶⁶ De acordo com o relatório conjunto publicado pelos órgãos antitruste envolvidos nesse exercício de monitoramento, foram recebidas e consideradas respostas de aproximadamente 1.600 hotéis, 5 OTAs, 13 cadeias de hotéis e 7 *sites* de comparação de preços. Ver: EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 6.

⁶⁷ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 8-9.

⁶⁸ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 10.

alguma OTA.⁶⁹ Já para os 21% que responderam que praticaram preços diferentes em OTAs, a principal razão apresentada foi aumentar a visibilidade do hotel em alguma OTA em particular.⁷⁰ Curiosamente, no entanto, 40% dos hotéis participantes alegaram praticar, em seus próprios canais de venda, preços inferiores àqueles concedidos a qualquer OTA – o que não seria permitido, seja pela obrigação de MFN ampla, seja pela obrigação de MFN restrita.⁷¹

Aplicando um modelo de diferenças-em-diferenças, as autoridades analisaram também os preços dos hotéis em *sites* de comparação de preços no período do recorte indicado.⁷² Com essa análise, observaram que a alteração do escopo de cláusulas MFN de ampla para restrita aumentou a diferenciação de preços ente OTAs na grande maioria dos países analisados, e o mesmo ocorreu na França e na Alemanha após a Lei Macron e a proibição de cláusulas restritas ao Booking.com, respectivamente.

Com relação à diferenciação de disponibilidade de vagas entre OTAs, o resultado foi muito parecido: 69% dos hotéis participantes informaram não ter praticado diferentes disponibilidades de quartos entre as OTAs após as alterações das obrigações de MFN. Com relação ao valor de comissões,

⁶⁹ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 10-11.

⁷⁰ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 7.

⁷¹ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 14.

⁷² Como base de comparação (grupo de controle), foram analisados dados de *sites* de comparação de preços para hotéis no Canadá no mesmo período. Ver: EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 12-13.

90% dos hotéis informaram que não houve alterações na taxa de comissão de OTAs após a mudança – porém, analisando dados recebidos das próprias OTAs, as autoridades perceberam que as taxas médias de comissão estagnaram ou sofreram uma pequena redução entre janeiro de 2014 e junho de 2016⁷³ –, sendo que apenas uma parcela inexpressiva (3%) dos hotéis participantes afirmou ter passado a negociar melhores preços em troca de comissões mais favoráveis.⁷⁴

Um estudo posterior realizado pelo Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW) coletou dados do *site* de comparação de preços de reservas Kayak para mais de 30 mil hotéis em diversos países, incluindo países nos quais nenhuma cláusula de paridade é permitida; países nos quais apenas cláusulas restritas são permitidas; e países nos quais qualquer cláusula de paridade é permitida (no caso, o Canadá, assim como feito pelo estudo anterior).⁷⁵

Da mesma forma que o monitoramento conjunto de autoridades antitruste europeias, esse estudo identificou que uma parcela significativa dos hotéis oferta preços menores em seus *websites* mesmo quando cláusulas de paridade restritas estão em vigor.⁷⁶ Além disso, como também identificado

⁷³ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 17-19.

⁷⁴ EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017. p. 11.

⁷⁵ HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLÜTTER, Frank. Evaluation of best price clauses in hotel booking. *Discussion Paper*, n. 16-066, Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW), 2017, p. 11.

⁷⁶ Segundo o estudo, a obediência às regras de paridade é muito maior no Canadá, o que poderia sugerir que cláusulas de paridade ampla são mais eficientes em disciplinar os preços ofertados por hotéis do que cláusulas de paridade mais restrita. Ver: HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLÜTTER, Frank. Evaluation of best price clauses in hotel booking. *Discussion Paper*, n. 16-066, Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW), 2017, p. 40.

no monitoramento das autoridades europeias, as taxas de comissão média das principais OTAs não sofreram redução após as restrições de paridade. Segundo os autores do estudo do ZEW, isso poderia ser justificado pelo fato de que, considerando o alto nível de descumprimento das obrigações de MFN, as alterações nas cláusulas teriam efeito prático limitado. Outra possível razão seria que OTAs incumbentes teriam poder para impedir a redução do valor da taxa de comissão no curto prazo.⁷⁷

Especificamente com relação à Alemanha, onde Booking.com e HRS foram proibidas de aplicar qualquer cláusula de paridade, os resultados do estudo do ZEW indicam impactos mais evidentes. Após tal proibição, segundo esse estudo, mais hotéis passaram a publicar preços no Booking.com, e hotéis que já o faziam passaram a publicar com mais frequência.⁷⁸ Com relação ao canal direto (*website* dos próprios hotéis), percebeu-se que mais hotéis passaram a publicar preços de seus canais diretos no *site* de comparação de preços Kayak e que, com maior frequência, os preços dos canais diretos desses hotéis disponíveis no Kayak eram inferiores aos preços para os mesmos hotéis publicados no Kayak por OTAs. De acordo com os autores, isso seria um indício de que, ausente qualquer restrição de paridade, hotéis tendem a promover mais seus próprios canais de venda.⁷⁹

Um estudo mais recente realizado pelo Networks, Electronic Commerce and Telecommunications Institute (NET Institute) também colabora para

⁷⁷ HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLÜTTER, Frank. Evaluation of best price clauses in hotel booking. *Discussion Paper*, n. 16-066, Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW), 2017, p. 11.

⁷⁸ HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLÜTTER, Frank. Evaluation of best price clauses in hotel booking. *Discussion Paper*, n. 16-066, Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW), 2017, p. 39.

⁷⁹ HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLÜTTER, Frank. Evaluation of best price clauses in hotel booking. *Discussion Paper*, n. 16-066, Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW), 2017, p. 39.

uma melhor compreensão dos efeitos das restrições às cláusulas MFN no setor de OTAs na Europa. O estudo comparou preços de quartos de hotéis em regiões turísticas da França, Itália e Espanha no período de 2014 a 2016 e foi capaz de verificar uma queda nos preços médios de acomodações entre 2014 e 2015, seguida por um aumento nos preços médios de 2015 a 2016.⁸⁰ Embora diversos fatores possam ter contribuído para as variações nos preços dos hotéis das regiões analisadas, a pesquisa indica que a queda nos preços coincide com o início das restrições às cláusulas MFN, enquanto o aumento nos preços coincide com o surgimento de novas funcionalidades na plataforma da Booking.com, principal OTA no mercado europeu.⁸¹

O estudo realizado pelo NET Institute aponta também para um indício interessante: a queda de preços entre 2014 e 2015 observada no estudo foi mais acentuada na França e na Itália, países que foram mais enfáticos em suas restrições à MFN, do que o ocorrido na Espanha.⁸² Da mesma forma, o aumento de preços observado entre 2015 e 2016 foi menor na França e na Itália, quando comparado ao aumento de preços na Espanha.⁸³ Embora diversos fatores possam ter influenciado as diferentes curvas de redução e aumento de preços, é possível que isso seja um indício de um efeito benéfico das restrições de MFN nos preços finais de quartos de hotéis.

80 MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 1.

81 MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 5.

82 MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 36.

83 MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017, p. 36.

6.6 | **ANÁLISE DA TEORIA DE DANO DE MFN EM PLATAFORMAS**

Os estudos realizados até agora sobre possíveis alterações no comportamento do setor de OTAs após as restrições de paridade que proliferaram por diversos países da Europa são um interessante ponto de partida para avaliar a eficácia de tais medidas. Contudo, cada estudo possui um recorte e premissas distintos, assim como diferentes limitações. Por enquanto, ainda não é possível fazer uma análise distanciada, por exemplo, considerando o comportamento de preços de hotéis e taxas de comissão a longo prazo antes e depois das alterações. Além disso, também não resta claro o poder de OTAs dominantes reagirem a essas alterações, seja pela manutenção das taxas impostas ou pelo surgimento de novas funcionalidades em suas plataformas. De fato, os elementos trazidos não são contundentes no sentido de indicar se houve ou não um benefício inquestionável ao ambiente concorrencial especificamente por conta das restrições às MFNs.

Diante da atuação incisiva das autoridades antitruste na Europa em relação às MFN em plataformas digitais, diversos economistas se propuseram a elaborar modelos para testar a teoria de dano implícita na lógica de restrições de paridade, descrita nas seções anteriores. Em modelo elaborado por Andre Boik e Kenneth Corts, no qual clientes podem apenas adquirir produtos e serviços por meio de plataformas (e não diretamente dos fornecedores), verifica-se que as cláusulas MFN tendem a aumentar as taxas de comissão e o preço final dos consumidores, pois as plataformas possuem incentivos limitados para competir pelos termos que ofertam aos fornecedores (como taxa de comissão).⁸⁴ Verifica-se também que a entrada de novas plataformas se torna mais improvável.⁸⁵ Esse modelo, apesar

⁸⁴ Ver: BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, 2016.

⁸⁵ BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, 2016, p. 20.

de suas limitações, corrobora a lógica por trás das diversas intervenções antitruste no setor de OTAs.⁸⁶

Benjamin G. Edelman e Julian Wright elaboraram um modelo similar ao dos autores *supra*, porém incluindo a possibilidade de que fornecedores ofertem seus bens ou serviços diretamente ou por meio de uma plataforma.⁸⁷ Esse modelo está mais alinhado ao cenário das OTAs, dado que hotéis também podem ofertar reservas em seus canais diretos. Os autores verificam que, nos termos de seu modelo, plataformas possuem excessivos incentivos para investir em benefícios acessórios e impedir que consumidores utilizem canais de vendas diretos, ao passo que os preços tendem a aumentar.⁸⁸

Ao estudar o tema, Chengsi Wang e Julian Wright consideraram em seu modelo econômico a possibilidade de que consumidores possam fazer pesquisas em uma plataforma e adquirir o bem ou serviço por meio de outro canal de venda, prática que denominam de *showrooming*.⁸⁹ Como visto, uma das racionalidades econômicas de cláusulas de paridade em plataformas seria justamente evitar esse tipo de *free-riding* por fornecedores e consumidores finais. Em seu modelo, os autores demonstram que, não fossem as cláusulas MFN, a possibilidade de que consumidores comprem o bem ou serviço diretamente por um preço inferior reduz o incentivo das plataformas de cobrar comissões altas, porém pode inviabilizar a existência de tais plataformas. Assim, cláusulas de paridade ampla preveniriam *showrooming* ao custo de reduzir a concorrência entre as OTAs, enquanto cláusulas de paridade restrita poderiam evitar o *showrooming* e preservar a

⁸⁶ JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 5.

⁸⁷ Ver: EDELMAN, Benjamin; WRIGHT, Julian. Price coherence and excessive intermediation. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 130, n. 3, 2015.

⁸⁸ EDELMAN, Benjamin; WRIGHT, Julian. Price coherence and excessive intermediation. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 130, n. 3, 2015, p. 29-30.

⁸⁹ Ver: WANG, Chengsi; WRIGHT, Julian. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n. 1, 2020.

concorrência entre plataformas.⁹⁰ Contudo, não resta demonstrado que consumidores finais efetivamente se beneficiam com preços mais baixos com cláusulas de paridade, mas apenas que estas são necessárias para viabilizar o modelo de negócio.⁹¹

Em contraste aos estudos *supra*, um artigo recente de Bjørn Olav Johansen e Thibault Vergé oferece um outro ponto de vista sobre a teoria de dano em MFN em OTAs.⁹² Partindo das premissas de modelos como o de Boik e Corts citado *supra*, os autores incluem como variáveis a possibilidade de vendas em canais diretos, como fazem Edelman e Wright, e Wang e Wright, mas também a possibilidade de que um fornecedor saia de uma plataforma quando desejar.⁹³ Essa última variável é importante no modelo de Johansen e Vergé, pois, segundo os autores, modelos anteriores como os citados *supra* (que concluem que cláusulas de paridade necessariamente resultam em um aumento de taxas de comissão) não consideram a concorrência entre fornecedores e sua capacidade de escolher seus canais de venda.⁹⁴

Considerando um universo de duas plataformas, o modelo proposto por Johansen e Vergé argumenta que MFN em plataformas resultaria em comissões e preços finais mais altos apenas caso os fornecedores não concorram intensamente. Por outro lado, caso haja intensa concorrência entre fornecedores, é improvável que cláusulas de paridade causem algum prejuízo à concorrência, podendo inclusive aumentar lucros dos fornecedores e das

⁹⁰ WANG, Chengsi; WRIGHT, Julian. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n. 1, p. 33-34, 2020.

⁹¹ JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 5.

⁹² JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017.

⁹³ JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 5.

⁹⁴ JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017, p. 6.

plataformas, assim como o bem-estar do consumidor, independentemente de serem cláusulas de paridade ampla ou restrita.⁹⁵

CONCLUSÕES

Como visto ao longo deste capítulo, autoridades antitruste no Brasil e no mundo têm questionado os possíveis efeitos anticompetitivos de cláusulas MFN em plataformas *on-line*, testando hipóteses de teoria de dano em experimentos em diversos setores digitais, dos quais o setor de OTAs é o mais proeminente até o momento. Estudos empíricos e modelos econômicos que se debruçam sobre o tema não oferecem conclusões precisas para a adoção de uma postura antitruste uniforme. Assim, defende-se na doutrina que cláusulas MFN devem ser analisadas sob a regra da razão,⁹⁶ e potenciais infrações econômicas decorrentes dessas práticas devem ser analisadas como infração por efeitos – em oposição a infrações por objeto⁹⁷ –, considerando, necessariamente, o contexto do mercado no qual a MFN está inserida para avaliar a extensão de seus efeitos anticompetitivos e a plausibilidade de suas eficiências econômicas.

Entende-se, de modo geral, que os principais impactos positivos ou negativos de cláusulas MFN serão na flutuação dos preços, na eventual criação de barreiras à entrada e no aumento ou redução da inovação.⁹⁸ Contudo, medir a flutuação de preços ou variação da inovação em determinado mercado pode ser tarefa muito difícil. Em primeiro lugar, embora a variação em série de preços de agentes de determinado mercado tradicional possa ser analisada com razoável objetividade, autores que

⁹⁵ JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, p. 28-29, 2017.

⁹⁶ SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an administrable MFN enforcement policy. *Antitrust*, v. 27, n. 2, 2013, p. 17.

⁹⁷ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017. p. 318.

⁹⁸ SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an administrable MFN enforcement policy. *Antitrust*, v. 27, n. 2, 2013, p. 19.

escrevem sobre economia digital destacam a proliferação de modelos de negócio *on-line* com preço zero para consumidores finais,⁹⁹ nos quais os parâmetros para avaliar ganho ou perda de bem-estar necessariamente devem ser outros (como qualidade do produto ou serviço, privacidade, custos de atenção, etc.), menos palpáveis. Com relação à inovação, via de regra não há como determinar com exatidão se um dado mercado teria comportado um número maior ou menor de transformações tecnológicas e entradas disruptivas a depender de suas características e dos arranjos contratuais de seus agentes com fornecedores/distribuidores, ou mesmo que inovações trazidas nesse mercado teriam surgido com maior rapidez. Especialmente em mercados de plataformas digitais, que são ambientes férteis para inovação.

Não obstante, o mapeamento do debate pode ser útil para fomentar a discussão do tema, ainda incipiente no Brasil. Pode também servir de inspiração para a realização de estudos empíricos sobre os efeitos das restrições impostas às OTAs em território brasileiro, no futuro.

REFERÊNCIAS

- AKMAN, Pinar. A competition law assessment of platform most-favoured-customer clauses. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 12, n. 4, 2016.
- ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.
- BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013.
- BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018.
- BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, 2016.

⁹⁹ Ver, por exemplo: NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

CADE. Booking, Decolar e Expedia celebram acordo de cessação com o Cade. *Notícias*, 27 mar. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade>. Acesso em: 10 maio 2020.

DINO. Segundo dados, *e-commerce* cresce 12% em 2017 e tem projeção de 15% em 2018. *Exame*, 23 fev. 2018. Disponível em: https://exame.abril.com.br/negocios/dino_old/segundo-dados-e-commerce-cresce-12-em-2017-e-tem-projecao-de-15-em-2018/. Acesso em: 10 maio 2020.

EDELMAN, Benjamin; WRIGHT, Julian. Price coherence and excessive intermediation. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 130, n. 3, 2015.

EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017.

FLETCHER, Amelia; HVIID, Morten. Broad retail price MFN clauses: are they RPM “at its worst”? *Antitrust Law Journal*, v. 81, n. 1, 2017.

GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015.

GUERRERO-RODRÍGUEZ, Luis Omar; MICHAUS-FERNÁNDEZ, Martín. Most-favored-nation clauses: a business need, but unresolved topic in Mexico. *Competition Policy International (CPI)*, 14 mar. 2016.

HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLÜTTER, Frank. Evaluation of best price clauses in hotel booking. *Discussion Paper*, n. 16-066, Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW), 2017.

HVIID, Morten. Vertical agreements between suppliers and retailers that specify a relative price relationship between competing products or competing retailers. OECD, 2015.

JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. Platform price parity clauses with direct sales. *Working Papers in Economics*, n. 1, 2017.

MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio A.; REGGIANI, Carlo. The dynamics of online hotel prices and the EU Booking.com case. *NET Institute Working Paper*, n. 17-04, 2017.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. Concorrência.com: cláusulas de paridade, MFNs e agências de turismo *on-line*. *Jota*, 2 abr. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorren-

cia-com-clausulas-de-paridade-mfns-e-agencias-de-turismo-on-line-02042018. Acesso em: 10 maio 2020.

RIBEIRO, Eduardo Pontual; SAITO, Carolina. Defesa da concorrência e cláusulas contratuais de preços que se referem a terceiros: cláusulas da nação mais favorecida (MFN). In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (org.). *Compêndio de direito da concorrência: temas de fronteira*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2015.

SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an administrable MFN enforcement policy. *Antitrust*, v. 27, n. 2, 2013.

VERGÉ, Thibaud. Are price parity clauses necessarily anticompetitive? *Competition Policy International (CPI)*, 22 jan. 2018.

WANG, Chengsi; WRIGHT, Julian. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n. 1, 2020.

7. PREDACÃO EM MERCADOS DIGITAIS

Gabriel de Carvalho Fernandes
Danilo Alves de Sousa

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem sido crescente a literatura sobre concorrência na economia digital. As características estruturais de mercados digitais e seus efeitos na concorrência são um fenômeno ainda em mapeamento. Por ora, reconhece-se que a dinâmica de tais mercados impõe desafios a postulados de longa data da escola de Chicago¹ ainda influentes no direito antitruste: a coleta em larga escala de dados de consumidores customiza a relação cliente-fornecedor, custos marginais de produção são muitas vezes considerados nulos, muitos serviços são oferecidos sem custo monetário e efeitos de rede possibilitam vantagens competitivas que dificultam análises tradicionais de equilíbrio de mercado.

Em face dessa realidade, novos questionamentos vêm surgindo sobre a avaliação de concentrações e condutas empresariais em tais mercados. Um dos principais focos de discussão se refere a como identificar e avaliar práticas predatórias no mercado. O debate se divide em duas visões opostas:

- 1 Utilizamos “escola de Chicago” para nos referir a um grupo de juristas e economistas, primariamente baseados na Universidade de Chicago, que teorizaram o direito antitruste a partir de pressupostos econômicos neoclássicos. Nas palavras de Richard Posner, a essência da posição da escola de Chicago é a de que “a lente adequada para ver problemas antitruste é a teoria de preços” (POSNER, Richard A. *The Chicago school of antitrust analysis. University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, 1979, p. 932). Postulados influenciam a prática antitruste até hoje e estabelecem que aspectos de mercado – como tamanho de empresas, estrutura de indústrias e níveis de concentração – refletem a interface entre agentes econômicos e as demandas técnicas de produção (cf. BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books Inc., 1978).

um lado defende o instrumental analítico concorrencial já existente para lidar com tais condutas, enquanto o outro clama por uma revisão e atualização de métodos e finalidades da intervenção antitruste.

Este capítulo visa mapear esse debate, identificando onde estão as divergências existentes e quais são os argumentos e teses em discussão. O restante do capítulo está dividido em três seções. A primeira retoma o estado da arte sobre a análise de predação na doutrina antitruste, abordando a visão clássica sobre preços predatórios e novos modelos teóricos inspirados em jogos repetidos e sinalização reputacional. Identifica-se também a proposta pela caracterização de uma conduta autônoma rotulada de inovação predatória. Apesar da referência à ideia de predação, trata-se de conduta distinta da prática de preços predatórios.

A segunda seção abordará casos em que acusações de preços predatórios surgiram em um contexto de mercados digitais. Serão discutidos (i) a suposta predação da Microsoft na comercialização do *software* Money; (ii) a suposta predação do Google na disponibilização do Google Maps como serviço de geolocalização em *sites* de terceiros; e (iii) o recente artigo de Lina Khan, em que é proposta uma revisão da doutrina de preços predatórios e a acusação de que a Amazon deveria ser avaliada sob novos *standards*. Tais casos são relevantes ao levantarem questões sobre a própria utilidade da doutrina de preços predatórios em contextos de mercados em que externalidades de rede necessárias para a viabilidade do negócio só podem ser obtidas caso consumidores tenham acesso a preços abaixo de parâmetros de custo ou até mesmo fornecimento gratuito.

Por fim, na terceira seção, com esses casos em mente, indicamos os dois principais desacordos em discussão. Um deles é uma divergência de valores, que trata da finalidade do direito da concorrência. Identificamos nesse ponto duas concepções que potencialmente são conflitantes – de um lado, o direito da concorrência é tido como protetor do bem-estar do consumidor; do outro, é responsável por resguardar o processo competitivo e a pluralidade de *players* no mercado. O segundo desacordo é decorrente do primeiro e se refere à adequação das ferramentas analíticas para identificar e caracterizar práticas predatórias.

7.1 | **A PREOCUPAÇÃO ANTITRUSTE COM PRÁTICAS PREDATÓRIAS**

A predação é considerada pela doutrina antitruste uma conduta unilateral clássica, apta a caracterizar abuso de posição dominante pela legislação brasileira.² De modo muito abrangente, pode-se afirmar que uma firma tem objetivos predatórios quando adota uma conduta que não seria lucrativa caso não provocasse a saída de um rival do mercado. Desse modo, ainda que determinada prática comercial exclua concorrentes do mercado, tal prática só poderá ser considerada predatória caso sua lucratividade decorra do conseqüente ganho de poder de mercado de sua autora.³ Nesse sentido, a predação é uma prática orientada para a monopolização do mercado, que troca perdas no presente por potenciais ganhos monopolísticos no futuro.

Assim, quando uma empresa reduz seus preços para valores abaixo de custo, essa conduta pode ser considerada predatória (*preços predatórios*) se a firma puder recuperar suas perdas de receita posteriormente por meio do exercício de poder de mercado gerado pela saída de um ou mais rivais incapazes de competir com os preços inicialmente baixos. Da mesma forma, uma inovação pode ser considerada predatória (*inovação predatória*) se a introdução de novos padrões técnicos ou *standards* tecnológicos cercear a compatibilidade/interoperabilidade de plataformas ou bens com produtos de empresas rivais, forçando-as a sair do mercado.⁴

² Nesse sentido, não há reconhecimento de ilícito *per se* de práticas predatórias. Práticas predatórias são compreendidas pela doutrina e pela jurisprudência como analisáveis sob a ótica da regra da razão. Assim, uma condenação deve mostrar com sucesso a ocorrência de fechamento de mercado, a inexistência de eficiências da conduta e a existência de dano à concorrência.

³ ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert D. An economic definition of predation: pricing and product innovation. *The Yale Law Journal*, v. 91, 1981, p. 91 e ss.

⁴ SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *Science and Technology Law Review*, v. XXI, n. 1, p. 19-73, 2018.

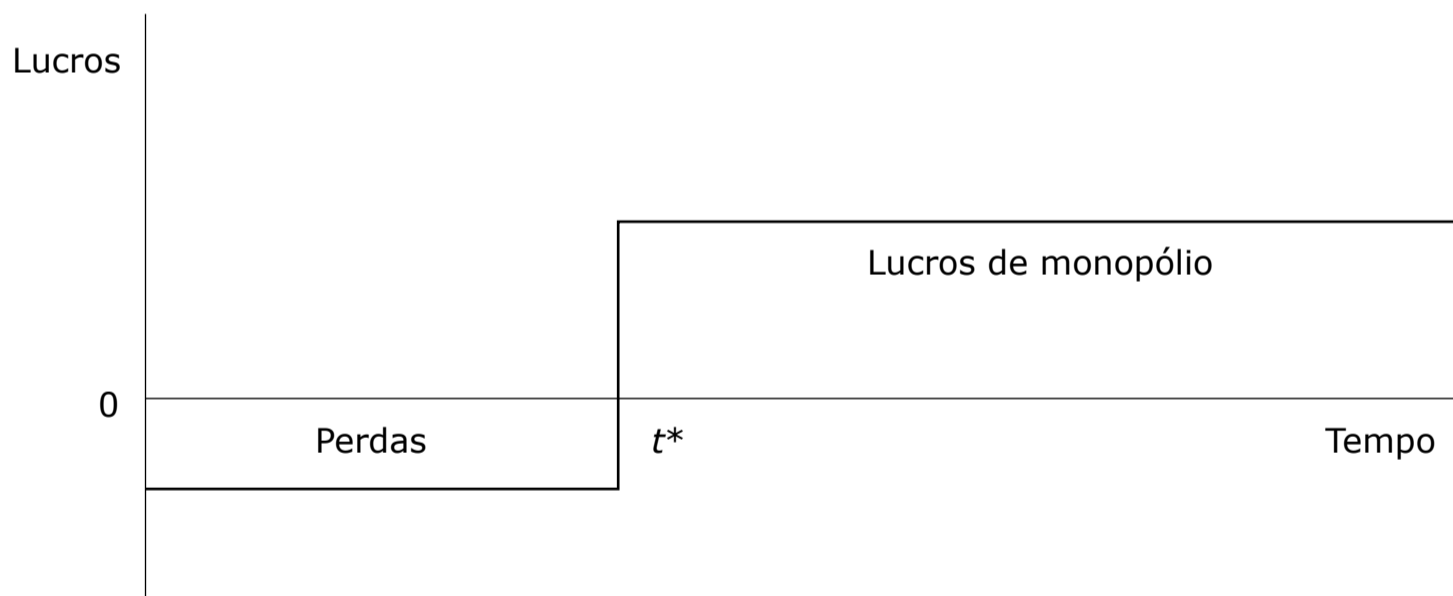
7.1.1.1 | PREÇOS PREDATÓRIOS

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) define preços predatórios como “a prática deliberada de preços abaixo do custo visando eliminar concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória”.⁵ A definição ressalta a racionalidade da conduta: economicamente, a conduta só faz sentido se a empresa puder recuperar os prejuízos da venda de produtos abaixo do preço de custo em um momento posterior. Esse momento é compreendido como aquele em que a firma terá condições para aumentar seu preço acima do preço competitivo de mercado sem sofrer contestação de um rival.

No gráfico a seguir, esse momento é representado pelo instante t^* :

GRÁFICO 1

VARIAÇÃO DOS LUCROS DO PREDADOR DURANTE A PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS



Fonte: Apêndice I da Portaria SEAE n. 70/2002.

A viabilidade econômica da prática de preços predatórios implica grande complexidade de análise para determinar a ocorrência da conduta.

⁵ CADE. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. 2016. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Geralmente, observar somente a prática de preços inferiores ao custo não é suficiente para a caracterização de predação por preço.⁶ Deve-se verificar a capacidade de recuperação de prejuízo decorrente da prática, o que envolve uma análise estrutural do mercado para demonstrar que não haverá contestação ao futuro aumento de preços – algo mais provável em mercados com maiores barreiras à entrada, por exemplo. Nesse sentido, além da observação de prejuízos no curto prazo, a identificação de preços predatórios deve também mostrar que a firma predadora tem (ou terá) poder de mercado suficiente para aumentar seus preços no longo prazo após a saída de seus rivais.⁷

A Lei de Defesa da Concorrência no Brasil prevê a predação por preços como uma hipótese de infração da ordem econômica, ao indicar exemplificativamente a conduta de “vender mercadoria ou prestar serviço injustificadamente abaixo do preço de custo” como possível infração contra a ordem econômica.⁸ Assim, sempre que tal comportamento levar à dominação do mercado ou constituir abuso de posição dominante, a lei brasileira reconhecerá a configuração de preços predatórios. A Resolução do Cade n. 20/1999 complementa a hipótese prevista em lei, ao caracterizar predação como “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”.⁹ Nesse sentido, a jurisdição brasileira adota como *standard* de análise o *custo variável médio* para a avaliação da prática de preços predatórios.¹⁰

⁶ A comprovação da prática de preços predatórios é tão complexa que já se sugeriu que seria uma conduta tão rara como um unicórnio. Cf. GOMEZ, Rosario; GOEREE, Jacob K.; HOLT, Charles A. Predatory pricing: rare like a unicorn? *Virginia Economics Online Papers*, n. 339, 1999.

⁷ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 412.

⁸ Lei n. 12.529/2011, art. 36, § 3º, XV.

⁹ Resolução Cade n. 20/1999, Anexo I, A, 4.

¹⁰ Custo variável médio é a soma de todos os custos variáveis (custos de material, de trabalho, depreciação, etc.) dividida pela quantidade total produzida.

A antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)¹¹ editou em 2002 o *Guia para Análise Econômica de Prática de Preços Predatórios*,¹² propondo um método para a análise de condutas. O Guia é influenciado por testes propostos por Paul Joskow e Alvin Klevorick¹³ e por Phillip Areeda e Donald Turner.¹⁴ Enquanto os últimos são defensores da utilização do custo variável médio como parâmetro de análise, os primeiros favorecem a utilização do custo total médio sob o argumento de que seria o parâmetro mais racional para uma estratégia predatória de longo prazo. Joskow e Klevorick ainda propõem uma etapa prévia à análise de custo em que a estrutura do mercado é investigada, de modo que a avaliação de preço e custo somente ocorre quando a prática da predação é considerada possível desde uma perspectiva estrutural de contestabilidade do mercado.

O Guia estabelece as seguintes etapas de análise a respeito da configuração de preços predatórios: (i) definição do mercado relevante potencialmente afetado pela conduta; (ii) avaliação das condições de entrada no mercado relevante afetado; (iii) avaliação da capacidade produtiva da firma supostamente predadora; (iv) avaliação da capacidade de financiamento da firma supostamente predadora; e, por fim, (v) análise de preço praticado, custo variável médio e custo total médio. Nesta última etapa, considera-se que há caracterização de preço predatório caso o preço seja inferior ao custo variável médio. A predação ainda pode ser caracterizada caso o

11 Hoje, trata-se da atual Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac).

12 Anexo da Portaria SEAE n. 70/2002. O Apêndice II do Guia indica o fluxograma de análise para a avaliação de preços predatórios. Para uma breve descrição das etapas do guia, cf. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 156-157.

13 JOSKOW, Paul L.; KLEVORICK, Alvin K. A framework for analyzing predatory pricing policy. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 2, 1979.

14 AREEDA, Phillip; TURNER, Donald F. Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 4, 1975.

preço seja superior ao custo variável médio e inferior ao custo total médio. Neste último cenário, o Guia estabelece que a suspeita de predação pode ser afastada mediante a apresentação de razões econômicas que justifiquem a prática.¹⁵

A despeito da análise clássica estabelecida no Guia, pode-se notar que novas abordagens sobre a predação surgem a partir de modelos reputacionais e da teoria dos jogos.¹⁶ Massimo Motta entende que um traço comum aos novos modelos de preços predatórios é o contexto de assimetria de informações entre agentes do mercado.¹⁷ Nesse sentido, firmas incumbentes dispõem de mais informações de mercado do que potenciais rivais e são capazes de adotar condutas de modo a inviabilizar a entrada efetiva de potenciais concorrentes. Tais modelos, nesse sentido, iluminam contextos diferentes da análise clássica:¹⁸ em vez de avaliarem a predação em contextos competitivos em que o predador deseja o monopólio, estudam estruturas de mercado já pouco competitivas, em que a predação é utilizada como forma de manutenção do *status quo* do mercado ao tornar a entrada de novos competidores pouco atrativa.¹⁹

Algumas propostas destoam mais acentuadamente da análise tradicional. Michael Funk e Christian Jaag propõem a releitura do instituto a partir das premissas do *more economic approach*.²⁰ Com isso, a avaliação da

¹⁵ Cf. Portaria SEAE n. 70/2002, Parte II, seção 2.6.

¹⁶ A retrospectiva apresentada neste trecho segue a análise de PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 159-162.

¹⁷ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 415 e ss.

¹⁸ Vide para mais detalhes desta abordagem: GIOCOLI, Nicola. *Predatory pricing in anti-trust law and economics: a historical perspective*. London; New York: Routledge, 2014. p. 263-268.

¹⁹ BURNS, Malcolm R. Predatory pricing and the acquisition cost of competitors. *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 2, p. 266-296, 1986.

²⁰ FUNK, Michael; JAAG, Christian. The more economic approach to predatory pricing. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 14, n. 2, 2018, p. 298. Os autores expli-

prática de predação, para os autores, aproxima-se da análise de atos de concentração na medida em que defende uma separação analítica da predação de outras condutas exclusionárias decorrentes de abuso de posição dominante. Para Funk e Jaag, preços predatórios devem ser analisados a partir de três fatores presentes no âmbito do controle de concentrações: (i) na ausência de dominância, participação de mercado e/ou parâmetros de faturamento deve servir como uma regra *de minimis*; (ii) a análise de *recoupment* deve ter a mesma lógica da avaliação dos efeitos concorrenciais de uma concentração entre predador e presa; e (iii) a firma potencialmente predadora deve ser capaz de apresentar eficiências substantivas que justifiquem sua conduta.²¹

Dentre propostas menos radicais, há quem argumente que não existem razões convincentes o suficiente para restringir casos de predação a preços abaixo de custo, uma vez que preços acima do custo também podem implicar efeitos anticompetitivos.²² Aaron Edlin argumenta que um monopolista incumbente com vantagens de custo em face de um entrante utilizará tais vantagens para praticar preços abaixo dos custos do entrante, ainda que não abaixo de seus próprios custos.²³ Esse modelo específico é especialmente polêmico, uma vez que sugere que a prática de preços baixos, ainda que acima do patamar de custos da firma incumbente, pode ser anticompetitiva. Nesse sentido, parece contraintuitivo tratar uma das ações mais paradigmáticas do processo competitivo de empresas – a concorrência via menor preço – como ilícita.

Essa teoria de dano de preços predatórios não passou pelo crivo judicial, quando formalmente apresentada a uma autoridade. No caso *American*

cam que a ideia que baseia o *more economic approach* é a desvinculação do direito antitruste de regras *per se*, mais formalistas, para uma abordagem pautada pela análise de efeitos, promovendo regras de razão mais flexíveis oriundas da teoria econômica.

²¹ FUNK, Michael; JAAG, Christian. The more economic approach to predatory pricing. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 14, n. 2, p. 305-308, 2018.

²² EDLIN, Aaron S. Stopping above-cost predatory pricing. *The Yale Law Journal*, v. 111, n. 4, p. 941-991, 2002.

²³ EDLIN, Aaron S. Stopping above-cost predatory pricing. *The Yale Law Journal*, v. 111, n. 4, 2002, p. 944.

Airlines, o Departamento de Justiça estadunidense (DOJ) processou a companhia aérea sob o argumento de que a empresa estaria protegendo seus voos e expandindo suas rotas a partir do aeroporto de Dallas Fort Worth (DFW), sua central de conexões (*hub*), por meio da predação (United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109, 10th Circuit, 2003). O DOJ argumentou que a American seria uma monopolista no mercado de viagens de passageiros em rotas de origem e destino em DFW e que estaria buscando proteger seu monopólio em rotas específicas. O DOJ mostrou que a American, quando ameaçada por novos concorrentes, igualava suas tarifas, abaixava em até 25% seus preços e expandia sua oferta de voos substancialmente. De acordo com a acusação, o fato de a American sacrificar sua lucratividade, ainda que não estivesse praticando preços abaixo de seus custos, denotaria a irracionalidade econômica da prática, que somente seria justificável ao criar reputação agressiva em jogos repetitivos.

Como se pode notar, a teoria de dano construída no caso é tanto sofisticada quanto divergente dos parâmetros tradicionais de análise de preços predatórios. O argumento alia um modelo reputacional à ideia de sacrifício de lucratividade como parâmetro de avaliação de racionalidade de uma prática. Contudo, a tese defendida pelo DOJ foi refutada pelo Judiciário: a Corte de Primeira Instância e o Tribunal Federal de Apelação do 10º Circuito rejeitaram a teoria de dano ao afirmar que não existiam parâmetros seguros para distinguir a suposta conduta anticompetitiva de mera (e legítima) estratégia concorrencial agressiva. O teste proposto de sacrifício de lucratividade foi considerado descabido.

Não obstante, pode-se identificar na literatura recente sobre predação críticas à incorporação do aparato conceitual de jogos repetitivos e sinalizações de poder econômico na análise de predação. Sobre isso, “apesar de teorias estratégicas de preços predatórios serem exemplares em sua coerência e rigor”, afirmam Kenneth Elzinga e David Mills, “seu potencial para acrescentar valor à política antitruste é muito mais modesto do que se admite”.²⁴

²⁴ ELZINGA, Kenneth G.; MILLS, David E. Predatory pricing and strategic theory. *The Georgetown Law Journal*, v. 89, 2001, p. 2475.

Para os autores, o grande problema dessa abordagem está no fato de os modelos preditivos dos “jogos” entre concorrentes serem aplicáveis somente a “situações factuais que se adéquam às rigorosas condições teóricas”.²⁵ Em outras palavras, o que Elzinga e Mills apontam é a enorme dificuldade probatória de ancorar no contencioso administrativo ou judicial uma teoria de dano baseada em jogos repetitivos e influência reputacional. O caso *American Airlines*, nesse sentido, é uma boa ilustração desse ponto.

No Brasil, os casos disponíveis na jurisprudência do Cade indicam a dificuldade de cumprir o ônus probatório necessário para caracterizar os efeitos negativos ao bem-estar social necessários para a ocorrência de predação.²⁶ Nesse sentido, o Cade é fiel à abordagem mais tradicional de predação. Conforme voto do Conselheiro Mércio Felsky, a agência se valerá de condições estruturais de mercado que sejam capazes de atestar a racionalidade da prática predatória, por exemplo: (i) a concentração do mercado, para que não haja possibilidade de contestação do predador; (ii) o poder de mercado do predador, para ser capaz de impor preços monopolistas pós-predação; (iii) a existência de barreiras de entrada, para que novos concorrentes não sejam atraídos pelos preços pós-predação; (iv) a capacidade produtiva ociosa do predador, para poder absorver o desvio de demanda de seus rivais; e (v) a remoção dos ativos dos rivais expulsos do mercado ou sua incorporação pelo próprio predador, para que não sejam utilizados contra o predador.²⁷

²⁵ ELZINGA, Kenneth G.; MILLS, David E. Predatory pricing and strategic theory. *The Georgetown Law Journal*, v. 89, 2001, p. 2477.

²⁶ Cf., por exemplo: Processo Administrativo n. 08012.007719/2005-67. Representante: Webjet Linhas Aéreas Ltda. Representada: Gol Transportes Aéreos S.A. Conselheiro Relator: Ricardo Ruiz, j. 23/04/2013; Processo Administrativo n. 08012.002164/2006-48. Representante: Webjet Linhas Aéreas Ltda. Representada: TAM Linhas Aéreas S.A. Conselheira Relatora: Ana Frazão, j. 04/09/2012; e Processo Administrativo n. 08012.007104/2002-98. Representante: Nellitex Indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Conselheiro Relator: Olavo Chinaglia, j. 04/09/2010.

²⁷ Cf. Processo Administrativo n. 08000.013002/1995-97. Representante: Labnew Indústria e Comércio Ltda. Representadas: Merck S.A., Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda. Conselheiro Relator: Mércio Felsky, j. 30/05/2001, fls. 3159-3196.

Em julgamento mais recente, em que a prática de preços predatórios foi avaliada no segmento de tecidos 100% polipropileno (PP) na indústria têxtil, é de se notar que a posição da Secretaria de Direito Econômico (SDE) foi revertida no Tribunal Administrativo do Cade. A SDE emitiu parecer em que considerou a ocorrência da prática de preços predatórios. Conforme voto do Conselheiro Olavo Chinaglia, a então Representada J. Serrano não teria condições econômicas de recuperar os prejuízos incorridos na prática de preços abaixo de custo em vendas futuras em razão de migração da demanda para tecidos alternativos. Ainda, pressupostos metodológicos da análise de custos da SDE (e.g., a adoção de um único tecido como representativo de toda a produção e a presunção de subfaturamento da empresa) e da definição de mercado relevante (nas dimensões do produto e geográfica) foram rejeitados.²⁸

Nesse sentido, a análise de condições estruturais para a prática de preços predatórios denota o cuidado de agências antitruste (incluindo o Cade) ao avaliar esse tipo de caso. Se por um lado novos modelos teóricos podem fundamentar novas teorias de dano e sofisticar as discussões existentes, por outro deve-se ter cautela para que mera agressividade competitiva não seja condenada como prática anticompetitiva. O caso American Airlines é um exemplo disso.

7.1.2 | A discussão acerca de inovações predatórias

A concorrência de mercado encoraja que empresas mantenham seus preços baixos. Caso uma firma em um mercado competitivo aumente seus preços, pode-se esperar que parte de seus consumidores seja capturada por uma firma rival que oferta preços menores, respeitando, é claro, as lógicas de demanda e flexibilidade de mercado. Assim, em mercados em que há contestação de poder econômico, existem incentivos para que bens e serviços não sejam sobreprecificados, o que beneficia o consumidor. Desse

²⁸ Processo Administrativo n. 08012.007104/2002-98. Representante: Nellitex Indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Conselheiro Relator: Olavo Chinaglia, j. 04/09/2010, fls. 7947-7950.

modo, nos casos de preços predatórios, as intervenções antitruste corrigem a precificação de bens e serviços quando esta interfere na concorrência entre empresas.

Discute-se, portanto, a necessidade de existência de um mercado equilibrado. Nesse sentido, um movimento recente é o de analisar qual seria o papel de inovações ou condutas inovadoras no equilíbrio de mercado. Trata-se de uma proposta de expansão da forma de análise de condutas predatórias, que em um primeiro momento não necessariamente estariam relacionadas à precificação de bens e serviços. Tais condutas não precisam ser similares à predação por preços e, ainda que caracterizadas como predatórias, não devem ser confundidas com a prática de preços predatórios.²⁹

A inovação é uma das principais bases da concorrência entre empresas e é benéfica aos consumidores ao proporcionar novos produtos mais adequados para satisfazer suas demandas. Nesse sentido, seguindo a definição da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), consideramos que uma inovação é “um bem ou serviço que é novo ou significativamente aperfeiçoado. Isto inclui significativas melhorias em suas especificações técnicas, componentes e materiais, *software*, facilidade de uso ou outras características funcionais”.³⁰ De acordo com Thibault Schrepel, o principal proponente do reconhecimento desse tipo de conduta, uma *inovação predatória* é toda prática que, sob o disfarce de inovações, é na verdade uma conduta anticompetitiva direcionada à monopolização do mercado.³¹

Schrepel propõe dois tipos de inovação predatória.³² Uma forma de inovação predatória refere-se à alteração de plataformas ou sistemas de

²⁹ SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *Science and Technology Law Review*, v. XXI, n. 1, 2018, p. 22.

³⁰ OECD. *Oslo manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data*. 3. ed. Paris: OECD, 2005. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/econstatkb/knowledgebasearticle10270.aspx>. Acesso em: 21 mar. 2019.

³¹ SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *Science and Technology Law Review*, v. XXI, n. 1, p. 29-33, 2018.

³² SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *Science and Technology Law Review*, v. XXI, n. 1, p. 29-33, 2018.

interface, de modo a prejudicar a interoperabilidade ou compatibilidade de produtos específicos a um dado ecossistema. Outra forma de inovação predatória se dá quando uma firma dominante altera o funcionamento ou *design* técnico de um produto. Tal estratégia geralmente visa afetar diretamente os produtos de seus concorrentes, seja implementando mudanças em aspectos técnicos, por exemplo, alterando características externas do produto, revisando seu *design* e funcionalidades físicas.

Um exemplo de caso recente de inovação predatória foi o abordado no acordo entre a Autoridade Antitruste Francesa e a Nestlé a respeito das máquinas de café Nespresso.³³ No caso, enquanto firma dominante no segmento de máquinas de café, reconheceu-se que a Nestlé afetava o segmento de cápsulas de café por meio de modificações técnicas em suas máquinas. Assim, as mudanças técnicas – inovações – introduzidas nas máquinas ocorreram em prejuízo da concorrência no segmento de cápsulas, uma vez que somente cápsulas Nespresso teriam compatibilidade com as máquinas de café, mesmo após a expiração da patente que havia protegido a inovação original. A Autoridade Antitruste Francesa compreendeu que, em análise preliminar, haveria indícios de fechamento de mercado e danos à concorrência. No acordo estabelecido, a Nestlé se comprometeu a informar a outras produtoras de cápsulas de café quaisquer novas mudanças de aspectos técnicos capazes de impactar na compatibilidade entre cápsulas e máquinas de café em tempo razoável para implementação nas linhas de produção das rivais.

O que se nota é que inovações predatórias tendem a tomar a forma de alterações em uma plataforma tecnológica ou alterações de *design* técnico de um produto, capazes de remover ou limitar a compatibilidade de tecnologias ou produtos de terceiros com aqueles oferecidos por uma empresa dominante. Desse modo, é intuitivo que a análise antitruste de tais condutas

³³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Décision 14-D-09 du 04 septembre 2014. Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/sur-les-pratiques-mises-en-oeuvre-par-les-societes-nestle-nestec-nestle-nespresso>. Acesso em: 23 maio 2018.

se assemelhe à análise de restrições verticais envolvendo a segmentação de nichos do mercado e a discussão de questões de acesso e fechamento de mercados adjacentes.

Essa discussão sobre predação também é geralmente associada a debates sobre *design* de produto. No Cade, o caso conhecido como “Litrão” é relevante ao constituir precedente sobre quanto os impactos de inovações estéticas ou de *design* de um produto podem afetar o mercado.³⁴ No caso, discutiu-se a introdução no mercado, pela Ambev, de vasilhame retornável de cerveja de 1 (um) litro (o popular “litrão”), que era embalagem exclusiva da Ambev, diferentemente dos vasilhames de retorno intercambiável de 600 mililitros. A introdução do novo vasilhame gravado com a marca da Ambev alegadamente predava seus concorrentes ao criar custos antes inexistentes por não poder ser utilizado no sistema de reuso compartilhado – seria, nesse sentido, uma conduta anticompetitiva.

Entretanto, o Cade considerou a atuação da Ambev lícita. Similarmente à preocupação antitruste de não confundir preços predatórios com estratégias competitivas legítimas, houve cautela na avaliação dos impactos de um novo *design* de produto no mercado. De acordo com o Conselheiro Relator Carlos Ragazzo,

qualquer intervenção que, equivocadamente, permita que um rival se aposse, sem esforço próprio, do empreendedorismo, das diferenciações, das estratégias comerciais bem-sucedidas de seu concorrente ou de suas eficiências, que beneficiem os consumidores por meio de preços mais baixos e maior variedade e qualidade de produtos, gera um incentivo contrário à competição, e portanto contrário a iniciativas que tragam benefícios aos consumidores.³⁵

³⁴ Cf. Processo Administrativo n. 08012.006439/2009-65. Representados: Associação Brasileira de Bebidas (Abrabe) e Companhia de Bebidas das Américas (Ambev). Voto. Conselheiro Relator: Carlos Ragazzo, j. 23/05/2012.

³⁵ Cf. Processo Administrativo n. 08012.006439/2009-65. Representados: Associação Brasileira de Bebidas (Abrabe) e Companhia de Bebidas das Américas (Ambev). Voto. Conselheiro Relator: Carlos Ragazzo, j. 23/05/2012, p. 20.

Em caso aberto anteriormente, que contrasta com o “Litrão”, a Ambev firmou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o Cade, comprometendo-se a interromper a venda das garrafas de 630 mililitros da marca Skol no Rio de Janeiro e da marca Bohemia no Rio Grande do Sul, de tamanho diferenciado dos vasilhames de retorno intercambiável de 600 mililitros e com a gravura da marca Ambev no vidro.³⁶ De acordo com a Representação apresentada à então SDE, a introdução da nova garrafa prejudicaria o intercâmbio de garrafas comuns de 600 mililitros, pois a separação das garrafas de diferentes tipos geraria um aumento de custo para suas concorrentes, o que traria efeitos negativos para o mercado. O problema seria que as garrafas de 630 mililitros e as de 600 mililitros seriam muito similares, o que colocaria em risco o sistema de redistribuição das garrafas de reuso. Nesse sentido, alguns competidores poderiam ser afetados ao receberem garrafas de tamanhos desiguais que não se adequariam às suas linhas de produção.

Diferentemente do caso “Litrão”, em que a alteração do volume do vasilhame gerava no lado do consumidor uma economia pelo volume adquirido, a garrafa de 630 mililitros ilustra como o *design* de um produto em específico pode eventualmente afetar um sistema comum de cooperação entre firmas. Mesmo não havendo manifestação sobre o mérito da questão, por conta da realização do TCC, certos comentários no caso “Litrão” a respeito do caso das garrafas de 630 mililitros exploram o tema e a diferenciação entre os dois casos. No caso “Litrão”, o Conselheiro Carlos Ragazzo³⁷ afirmou que:

Embora advirta-se que o Cade não tenha se pronunciado definitivamente sobre o mérito da matéria nos autos do PA n. 08012.002474/2008-24

³⁶ Processo Administrativo n. 08012.002474/2008-24. Representante: Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (Afebras) e Outras. Representada: Companhia de Bebidas das Américas (Ambev). Ver também: Requerimento n. 08700.001238/2010-57. Requerente: Companhia de Bebidas das Américas (Ambev).

³⁷ Cf. Processo Administrativo n. 08012.006439/2009-65. Representados: Associação Brasileira de Bebidas (Abrabe) e Companhia de Bebidas das Américas (Ambev). Voto. Conselheiro Relator: Carlos Ragazzo, j. 23/05/2012, fl. 872.

[Caso das Garrafas de 630 mililitros], não tendo havido condenação da Ambev, cabe frisar que despertou preocupação do Cade, na ocasião, o fato de os vasilhames de 600 ml e de 630 ml serem extremamente semelhantes, o que poderia, em tese, dificultar de modo relevante a separação entre as duas garrafas – daí a possível preocupação com a elevação dos custos de separação.

Tratando-se de mercados digitais, uma discussão semelhante sobre *design* de produto e acesso ou custo de concorrentes é travada no processo administrativo que investiga a exibição de resultados do Google Shopping na página de resultados gerais de busca do Google.³⁸ Na Nota Técnica em que recomenda o arquivamento da investigação, a Superintendência-Geral (SG) do Cade reconhece, nos termos de Schrepel, que a conduta sob análise poderia em tese ser classificada como predatória.³⁹ No entanto, de acordo com a SG, as evidências apresentadas ao longo da instrução não foram conclusivas a respeito do impacto que a conduta analisada teve no mercado. Nesse sentido, de acordo com a Nota Técnica:

[...] Retomando a questão a respeito dos limites de legalidade e ilegalidade em sede de análise de condutas unilaterais, em mercados com elevado nível de inovação, conclusões a esse respeito são ainda mais complexas, pois são mercados em constante mutação, e as próprias práticas investigadas sofrem mudanças ao longo do tempo. Diferenciar uma inovação pró-competitiva de uma inovação anticompetitiva em mercados com essas características requer muito cuidado,

38 Cf. Processo Administrativo n. 08700.010483/2011-94. Representante: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representada: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.

39 Cf. Anexo da Nota Técnica n. 51/2018, p. 76, no âmbito do Processo Administrativo n. 08700.010483/2011-94. Representante: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representada: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.

pois, em ambos os casos, competidores podem ser prejudicados, mas uma intervenção indevida pode provocar o efeito colateral adicional de reduzir o ímpeto inovador dos agentes econômicos.⁴⁰

Dessa discussão, nota-se que deve haver muita cautela por parte das agências antitruste na análise das teorias de dano que lhes são apresentadas. O mero comportamento agressivo de uma firma no mercado, ainda que afete negativamente suas concorrentes, não necessariamente deve ser traduzido como uma conduta anticompetitiva. Pelo contrário, ante a falta de evidências de prejuízos ao consumidor final, deve-se cogitar se tais efeitos são evidências da ocorrência de efetiva concorrência no mérito e a consequente seleção natural do mercado, em que prevalecem empresas mais eficientes.

De qualquer modo, deve-se levar em conta que *inovação predatória* é um termo guarda-chuva que abrange uma miríade de condutas que não necessariamente se relacionam à compreensão clássica de preços predatórios. Apesar de ambas evocarem a mesma ideia semântica, há uma grande diferença no modo de análise de tais condutas e em sua comprovação. Ainda que se discuta predação por inovações, o restante deste capítulo estará concentrado na conduta clássica de predação baseada em preços.

7.2 | **PREDAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS**

Esta seção tem por objetivo ilustrar os desafios que a doutrina de preços predatórios encontra em um contexto de mercados digitais. Serão discutidos três casos. O primeiro aborda a suposta predação da Microsoft na comercialização do *software* Money no Brasil. A decisão do Cade rejeitou a acusação de prática de preços predatórios levantando uma questão interessante sobre como avaliar o parâmetro de custo em mercados de bens

⁴⁰ Cf. Anexo da Nota Técnica n. 51/2018, p. 127, no âmbito do Processo Administrativo n. 08700.010483/2011-94. Representante: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representada: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.

digitais. O segundo caso aborda a suposta predação do Google na disponibilização do Google Maps como serviço de geolocalização em *sites* de terceiros. Esse caso francês levanta um ponto relevante sobre predação em mercados de preço zero. Por fim, o terceiro caso aborda o artigo de Lina Khan em que se discute o suposto paradoxo antitruste da Amazon. Khan propõe uma ousada e polêmica revisão da doutrina de preços predatórios, argumentando que a Amazon praticaria preços predatórios em seu segmento varejista.

7.2.1 | O CASO MICROSOFT MONEY

O Processo Administrativo n. 08012.001182/1998-31⁴¹ foi um dos primeiros casos brasileiros referentes ao tópico de preços predatórios. Iniciado em março de 1998, a empresa Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. denunciou a Microsoft junto ao Cade por estar atuando de modo anticompetitivo em face de seu produto, o programa de gerenciamento financeiro Finance for Windows. Entre outras alegações, argumentou-se que a Microsoft teria praticado preços predatórios na venda do seu próprio *software* financeiro, denominado Money.

No caso, alegou-se que bancos públicos como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal teriam adquirido 250 mil cópias do gerenciador financeiro Microsoft Money, produto concorrente ao Finance for Windows, e o teria distribuído gratuitamente para seus clientes sem a devida licitação. Especificamente no que se refere às alegações de preços predatórios, foi afirmado que a Microsoft teria reduzido por três anos seguidos os preços de seus produtos para, no quarto ano da série histórica, aumentar o preço do *software*. Alegou-se que esse aumento se justificava pelo fato de a firma ser absolutamente dominante no mercado e ser capaz de implementar preços monopolistas.

O Cade considerou que não se encontravam presentes requisitos mínimos para a configuração de preços predatórios. Considerando que a Microsoft

⁴¹ Processo Administrativo n. 08012.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Representada: Microsoft Informática Ltda.

operava no Brasil por meio de revendedores, e que os preços avaliados eram os preços praticados pela Microsoft em face desses revendedores, o Cade avaliou que a queda de preços não foi repassada aos clientes por ter sido absorvida na margem de lucro das revendedoras. Na avaliação do Conselho, a Microsoft não teria como controlar o preço final cobrado do consumidor.

Para além desse ponto, considerou-se que o mercado possuía baixas barreiras de entrada, o que inviabilizaria a prática de preços monopolistas em um período futuro. A adoção racional de uma política predatória de preços pressupõe que a empresa predadora tenha capacidade para manter antigos e novos ofertantes fora do mercado após o período de predação. O Cade avaliou que a Microsoft não teria essa capacidade, mesmo no cenário em que se tornasse monopolista.

Entretanto, a principal razão que levou o Cade a rejeitar a imputação de preços predatórios foi a avaliação dos custos da Microsoft. De acordo com o Conselheiro Relator Thompson Andrade:

os custos de reprodução do programa (cópia), após o desenvolvimento do *software*, são desprezíveis. Quando se trata de *softwares* desenvolvidos em outros mercados geográficos e adaptados para o mercado nacional, como é o caso do Money, os custos envolvidos nas atividades de concepção, desenvolvimento do *software* já foram cobertos na comercialização do produto em outros mercados. Nestas circunstâncias torna-se praticamente impossível a avaliação real das condições efetivas de custo. Por outro lado, o comportamento dos preços ao longo do tempo, como visto acima, não sinaliza para a necessidade de análise detalhada de custos, já que não revela indícios de que tenha ocorrido queda de preços aos consumidores ou vendas abaixo do custo.⁴²

⁴² Processo Administrativo n. 08012.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Representada: Microsoft Informática Ltda. Voto do Conselheiro Thompson de Andrade, p. 5 (fl. 2625).

Ainda que anterior à emergência de plataformas virtuais mais amplas, nota-se que o argumento levantado coloca a questão de como avaliar o parâmetro de custo em mercados de bens digitais. O argumento posto afirma que, uma vez desenvolvido, o custo de reprodução de um *software* é próximo de zero. Nesse sentido, o preço de venda do *software* não pode ser avaliado em face de seu parâmetro de custo marginal. O ponto levantado pelo Cade é o de que a Microsoft, mesmo praticando preços baixos, não poderia estar precificando o Money abaixo de sua linha de custo.

Trata-se de questão relevante para a reflexão da configuração de preços predatórios em mercados digitais. Inicialmente, deve-se constatar que o mesmo tipo de economia também opera em diversas aplicações virtuais. Apesar de exigirem custos de pesquisa, desenvolvimento e aperfeiçoamento, o custo de replicação de tais interfaces é mínimo. Nesse sentido, agências governamentais devem atentar para o fato de que a análise clássica de custo, como considerou o Conselheiro Andrade, pode ser prejudicada pela tendência a zero do custo marginal de produção.⁴³

Posteriormente, em voto-vista, o então Conselheiro Cleveland Prates Teixeira considerou os riscos concorrenciais de uma estratégia de empacotamento que teria sido adotada pela Microsoft.⁴⁴ Mais especificamente, avaliou se haveria infração à ordem econômica na inclusão do *software* Money 97 na suíte *Microsoft Office 97 for Small Business*. Em sua análise, foi apurado que o preço do pacote de sistema operacional e aplicativo

⁴³ Isso é principalmente relevante ao se considerar que o desenvolvimento de tais produtos geralmente ocorre em “outros mercados geográficos” e, dessa forma, pode muitas vezes não ser refletido nas atividades econômicas de empresas que atuam no mercado brasileiro. Mesmo se fosse perseguida a linha argumentativa de que tais custos de concepção de bens digitais ocorressem em dado mercado relevante geográfico, ainda haveria o desafio de afirmar que somente nesse mercado específico seus custos deveriam ser recuperados, e não por meio de todos os mercados em que é comercializado.

⁴⁴ Processo Administrativo n. 08012.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Representada: Microsoft Informática Ltda. Voto do Conselheiro Thompson de Andrade, p. 2 (fl. 4156).

financeiro era inferior ao somatório do preço dos produtos quando comercializados separadamente. Em tal contexto, insinua-se uma outra forma de caracterização de predação, ainda que não explicitamente tratada pelo voto.

Para o Conselheiro Prates, além de considerar que os custos marginais estariam próximos de zero, deve-se considerar que “os custos de desenvolvimento da cópia inicial provavelmente já tinham sido recuperados (ou estavam muito próximos disso), razão pela qual a inclusão do Money em um pacote de aplicativos, do ponto de vista da empresa, é perfeitamente racional”.⁴⁵ Seu voto ultimamente considerou que o fato de a Microsoft comercializar tanto o pacote quanto os produtos de maneira independente sinalizava a inoportunidade de fechamento de mercado. Além do mais, em sua visão, o empacotamento seria contratual, no sentido de que o consumidor do pacote poderia se desfazer de um dos bens empacotados e utilizar somente aquele que lhe interessa. Tal cenário seria diferente de um empacotamento tecnológico, pelo qual o descarte de um dos produtos empacotados poderia afetar o funcionamento do outro produto.⁴⁶

Como se pode ver dessa breve avaliação, o caso Microsoft mostra como a queda dramática do custo marginal de produção de bens digitais demanda um relevante ônus argumentativo na tentativa de caracterizar predação. Trata-se de um contraste relevante de estrutura dos mercados digitais que geralmente não se observa em mercados de análise clássica, onde é possível delimitar um custo de produção marginal com relativa segurança. Não somente, deve-se considerar que a desvinculação funcional entre produtos foi

⁴⁵ Processo Administrativo n. 08012.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Representada: Microsoft Informática Ltda. Voto do Conselheiro Thompson de Andrade, p. 26-27 (fls. 4180-4181).

⁴⁶ Processo Administrativo n. 08012.001182/1998-31. Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda. Representada: Microsoft Informática Ltda. Voto do Conselheiro Thompson de Andrade, p. 34 (fl. 4188). Chamamos aqui atenção para a incrível semelhança entre essa conclusão e a proposta de conceituação de inovações predatórias de Thibault Schrepel.

um fator relevante na determinação de incoerência de uma conduta anti-competitiva. Caso o empacotamento fosse tecnológico, seria possível a articulação de uma teoria de dano em que o pacote ofertado pela Microsoft predasse *softwares* de gestão financeira rivais.

7.2.2 | O CASO EVERMAPS

O caso Evermaps é outra ilustração relevante de como a organização econômica de mercados digitais desafia a doutrina clássica de preços predatórios. No caso, o Google França foi acusado em 2012 pela empresa Bottin Cartographes (que veio a se tornar a Evermaps) de praticar preços predatórios no mercado de mapas *on-line* com indicação por geolocalização de pontos de venda relevantes. A Bottin/Evermaps atuava em tal segmento de mercado a partir de uma política de cobrança a preço fixo por seus serviços.

A empresa argumentou que, a partir do momento em que o Google começou a ofertar seu aplicativo – o Google Maps – tanto para usuários comuns quanto para empresas que buscavam incorporar em suas páginas os mapas do Google com sua localização, a mera incorporação e exibição do mapa não eram cobradas. Conforme as alegações da Evermaps, ao oferecer seus serviços nesses termos o Google estaria praticando preços predatórios, visando excluir rivais do mercado para garantir um monopólio que lhe permitiria, no longo prazo, cobrar preços monopolistas pela incorporação do Google Maps em *sites* corporativos sem ser contestado.

Em 31 de janeiro de 2012, o Tribunal Comercial de Paris (TCP) entendeu que o Google abusou de sua posição dominante no mercado francês de geolocalização *on-line* de pontos de venda em *sites* corporativos, condenando a empresa a pagar uma multa de quinhentos mil euros.⁴⁷ A teoria de dano considerou que a oferta gratuita do serviço visava excluir a concorrência do mercado e possibilitar em um segundo momento o abuso de

⁴⁷ Cf. TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS. Jugement prononcé le 31 Janvier 2012. Disponível em: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/TCparis/31janv2012/GoogleMaps.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

posição dominante. O TCP considerou que a disponibilização a preço zero do serviço não possibilita a recuperação de custos de produção incorridos no desenvolvimento do aplicativo. Para o Tribunal, existindo tais custos, oferecer o serviço a preço zero seria uma forma de o Google preda seus concorrentes.

Em 25 de novembro de 2015, a Corte de Apelações de Paris (CAP) reverteu a decisão do TCP.⁴⁸ A CAP considerou que a oferta gratuita de incorporação do Google Maps em *sites* corporativos não configurava preços predatórios. A Corte entendeu que, se o Google não cobrasse por tal serviço, seu faturamento de outras fontes, como o faturamento de anúncios, deveria ser levado em consideração para determinar se essa conduta seria predatória ou não. Quando considerado nessa perspectiva, o faturamento do Google com anúncios estaria acima da média de custos de longo prazo.

De modo mais relevante, entretanto, a CAP entendeu que para agentes econômicos em um mercado de duas pontas (i.e., anúncios e serviços de geolocalização) seria racional oferecer serviços de graça em um mercado para incrementar a demanda de consumidores no outro mercado. Nesse sentido, a disponibilização gratuita de serviços de geolocalização seria uma forma de o Google reunir uma massa crítica de usuários em uma ponta de sua plataforma, tornando-a atrativa para anunciantes na outra ponta.

Essa avaliação da Corte parisiense é relevante na medida em que as externalidades de rede associadas a um típico mercado digital inviabilizam os postulados clássicos da análise de preços predatórios. Diversos serviços *on-line* – inclusive o serviço de geolocalização do Google – são estruturados a partir de elevadas externalidades de rede. Nesse sentido, empresas buscam estabelecer plataformas cuja utilidade varia com o número de seus usuários. Quanto maior o volume de usuários, mais atrativa – maior a função-utilidade – a rede para outros usuários e potenciais usuários.

⁴⁸ Cf. COUR D'APPEL DE PARIS. Décision déferée à la Cour: Jugement du 31 Janvier 2012 – Tribunal de Commerce de Paris. Arrêt du 25 Novembre 2015. Disponível em: https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/google_ca_25nov_15.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

Dada essa realidade, é plausível imaginar que uma firma adote estratégias de precificação bem abaixo de seus custos, ou até mesmo adote preço zero, para reunir um volume de público necessário para viabilizar sua plataforma. Isso levanta uma característica marcante de mercados digitais quando estamos diante de concorrência entre plataformas de serviços (*interplataformas*). Nesse sentido, grande parte da disputa entre plataformas está na apresentação de um serviço de grande escala e atrativo para usuários. De qualquer modo, faz-se a ressalva de que não se está afirmando que a concorrência existe somente entre plataformas. Não se nega que evidentemente há possibilidade de concorrência interna ao ecossistema de uma plataforma específica (*intraplataforma*), mas busca-se enfatizar que a concorrência entre ecossistemas é pelo menos tão ou mais relevante quanto a concorrência interna.

Nesse contexto, não é estranho observar que parcela relevante dos mercados digitais existentes é formada por mercados de preço zero, i.e., mercados em que usuários não são cobrados monetariamente pelo uso de funcionalidades e prestação de serviços. No contexto de externalidades de rede e economia de escala, o preço zero funciona como forma de tornar uma plataforma mais atrativa para usuários, e, assim, viabilizar seu funcionamento. Nesse sentido, essa estrutura de mercado cria um grande ônus argumentativo para que a oferta gratuita de um serviço ou funcionalidade possa ser caracterizada como predatória.

7.2.3 | O NÃO CASO DA AMAZON

Ainda que não seja um caso que tenha sido avaliado em agências antitruste ou no Judiciário, deve-se apontar o argumento levantado por Lina Khan no sentido de que a Amazon praticaria preços predatórios.⁴⁹ O artigo polêmico propõe uma mudança na avaliação analítica da predação – sugere que seja

⁴⁹ Deve-se ressaltar que somente parte do argumento de Lina Khan será tratada aqui, notadamente o que toca à doutrina de preços predatórios. Seu artigo aborda diversas outras questões que não são exploradas neste capítulo, como a análise de integrações verticais e o subsídio cruzado entre diferentes linhas de negócio.

abandonado o critério que exige a probabilidade de recuperação de perdas do predador – e argumenta que a Amazon atua de modo anticompetitivo no varejo de diversos produtos, como *e-books*, fraldas, suportes plásticos para *laptops* e peças de vestuário feminino.

Uma das principais atividades da Amazon é a viabilização de uma plataforma digital de vendas de produtos e correspondente rede de entrega física. A partir dessa estrutura, diversos comerciantes independentes podem se cadastrar para oferecer seus produtos por meio da plataforma e utilizar a infraestrutura de *e-commerce* que a Amazon oferece. Não obstante operar como uma plataforma de vendas de terceiros (*marketplace*), a Amazon também se utiliza de sua plataforma para a venda direta de diversos bens em nome próprio, como livros, CDs, entre outros.

Khan argumenta que a Amazon deliberadamente comercializou *e-books* e aparelhos Kindle abaixo do custo para obter posição dominante no varejo de livros virtuais.⁵⁰ Avaliando a investigação do DOJ no contexto da investigação de colusão entre editoras de *e-books*, a autora afirma que a estratégia da Amazon foi mal compreendida pela autoridade norte-americana, por não ter sido considerado que descontos agressivos em um produto comercializado em uma plataforma implicariam maiores riscos de criação de um monopólio, e como a Amazon teria diversas maneiras diferentes de recuperar suas perdas que não o aumento posterior dos preços de *e-books*.

Mais especificamente, Khan argumenta que a Amazon teria condições de implementar preços predatórios com vistas a potencializar efeitos de *lock-in* decorrentes da aquisição de um aparelho Kindle (uma vez adquirido, incentiva a aquisição de outros *e-books*) e da customização de ofertas e recomendações feitas ao usuário consumidor. Assim, para Khan, a Amazon supostamente estaria trocando perdas no presente pela dominância no longo prazo, ao fidelizar sua massa crítica de consumidores em determinada forma de consumo de livros.⁵¹ Ademais, a flutuação constante de preços na

⁵⁰ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017, p. 757.

⁵¹ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017, p. 761.

plataforma da empresa seria capaz de maquiagem a predação, dificultando o registro de evidências capazes de mostrar o aumento de preços necessário para configuração da prática.⁵²

Abordando a questão da recuperação de custos incorridos na alegada predação, Khan afirma que a análise não necessariamente deve focar os mesmos produtos que tiveram preços diminuídos. A autora sugere que a Amazon foi capaz de recuperar os custos de predação ao aumentar preços de livros físicos e de aumentar os custos dos serviços ofertados aos demais comerciantes ou editoras independentes que atuam em sua plataforma.⁵³

Para a autora, a doutrina clássica de preços predatórios seria cega a esses movimentos, pois estaria demasiadamente condicionada a pressupostos da escola de Chicago e mercados tradicionais. Ao seu ver, a suposta conduta da Amazon implica a concentração do mercado e a eliminação de diversidade editorial de livros ao afetar a diversidade e a dinâmica competitiva do mercado como um todo, mesmo que originando preços mais baixos ao consumidor final.

Trata-se de uma tese relevante que está muitas vezes presente na discussão sobre estruturas de mercados digitais: que a finalidade do direito da concorrência deve ser revista, abandonando o paradigma do bem-estar do consumidor ou passando a compreender nele outros valores igualmente relevantes para a tutela do mercado.

Nesse contexto, a proposta da autora é surpreendente. Khan afirma que, para capturar devidamente a dinâmica de mercado de plataformas digitais, a doutrina da predação deve (i) abandonar o critério da recuperação de perdas do predador (i.e., a exigência de que a predação só ocorre quando o predador possui capacidade de recuperar as perdas elevando preços futuros); e (ii) estabelecer uma presunção de predação para agentes dominantes que precifiquem bens ou serviços abaixo de custo. Trata-se de medidas polêmicas, principalmente ao se considerar que uma firma estaria, em teoria,

⁵² KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017, p. 763.

⁵³ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017, p. 765.

agindo de modo anticompetitivo ao abaixar seus preços, mesmo que com isso esteja beneficiando consumidores.⁵⁴

O argumento levantado por Lina Khan é ilustrativo de como a dinâmica de mercados digitais questiona a utilidade de construções doutrinárias clássicas. Notadamente, seu argumento é fundamentado na ideia de que a prática reiterada de preços baixos aliada à plataforma Kindle seria capaz de caracterizar predação. Mais importante, as características do mercado, e da forma como a Amazon atuaria nele, inviabilizariam a demonstração de que preços abaixo do custo estariam sendo recuperados de outro modo. Trata-se de um argumento original e polêmico que merece consideração detalhada, mas que não é isento de críticas.⁵⁵ Em especial, intervenções num contexto em que o bem-estar do consumidor está sendo preservado ou expandido devem necessariamente ser cautelosas, sob pena de enviar sinais contraditórios para mercados extremamente dinâmicos.

7.3 | MAPEANDO O DEBATE

Organizar o debate implica reconhecer duas pontas de discussão. A primeira se refere a um desacordo valorativo sobre as finalidades do direito da concorrência. Autores como Khan defendem que a concepção atual de proteção do bem-estar do consumidor, herdada da escola de Chicago, não é suficiente para capturar a dinâmica de mercados digitais. Ao seu ver, é necessário rejeitar essa concepção e tutelar não os preços finais postos no mercado, mas o processo competitivo como um todo. Nesse sentido, existe uma série de valores que deveriam ser protegidos pelo antitruste, mas que em sua concepção atual não são, como a diversidade de empresas no mercado. Esses valores seriam relativamente independentes de critérios de mensuração de bem-estar do consumidor.⁵⁶

⁵⁴ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017, p. 791.

⁵⁵ HOVENKAMP, Herbert J. Whatever did happen to the antitrust movement? *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1964, 2018. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1964. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵⁶ WU, Tim. After consumer welfare, now what? the "protection of competition" standard in practice. *The Journal of the Competition Policy International*, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3249173>. Acesso em: 10 maio 2020.

Conforme aponta Hovenkamp,⁵⁷ o debate atual sobre qual deve ser o objetivo do direito da concorrência gira em torno de duas visões do modelo ideal de interpretação dos fenômenos do mercado. De um lado, há a tradicional abordagem de bem-estar geral identificada nos postulados da escola de Chicago que permite que eficiências empresariais compensem práticas que possam levar a preços maiores. De outro, há um emergente neobrandeisianismo,⁵⁸ que vê em preços baixos uma potencial violação do direito da concorrência, principalmente se oriundos de empresas de elevado poder de mercado em detrimento de rivais de custos maiores.

Com a emergência de estruturas de mercado ainda não avaliadas por agências antitruste, o que se vê são demandas para uma reforma geral nos valores do direito da concorrência. Mais especificamente, argumenta-se que a doutrina concorrencial não seria capaz de detectar certas formas de infrações à ordem econômica em razão de ser organizada por meio de postulados da escola de Chicago. Por exemplo, Lina Khan afirma que, ao se concentrar em efeitos de preços e produção como métrica de concorrência, essa perspectiva tradicional estaria deixando passar um “enfraquecimento estrutural da concorrência”.⁵⁹

Essa corrente alternativa afirma que leis antitruste têm escopo muito mais amplo do que o de tutela do bem-estar do consumidor. Desde essa perspectiva, respondendo ao receio de poder econômico concentrado, o direito antitruste visaria distribuí-lo. Nesse sentido, o direito da concorrência seria guiado por princípios que almejariam “diversidade e acesso aos mercados; sendo contra alta concentração e abuso de poder”.⁶⁰ Ainda que

⁵⁷ HOVENKAMP, Herbert. Is antitrust’s consumer welfare principle imperiled? *Journal of Corporation Law*, v. 45, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3197329>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵⁸ Trata-se de referência a Louis Brandeis, ministro da Suprema Corte estadunidense durante 1916-1939. Vide: KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America’s antimonopoly debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, 2018.

⁵⁹ KHAN, Lina M. Amazon’s antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017, p. 738.

⁶⁰ FOX, Eleanor M. Against goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013, p. 2158.

minoritária, há uma recente literatura cujo objetivo é explorar modos de como a concentração excessiva de mercados pode impactar negativamente a sociedade.⁶¹⁻⁶²

Essa discussão valorativa impacta diretamente as ferramentas analíticas existentes no direito da concorrência para avaliar estruturas de mercado e condutas. Nesse sentido, os casos aqui estudados são relevantes para evidenciar que muitas vezes as ferramentas analíticas disponíveis na dogmática antitruste parecem não dar conta do recado quando aplicadas em mercados digitais. A economia digital é caracterizada por uma série de fatores que são articulados simultaneamente de maneira inédita nas relações produtivas: custos marginais de produção ínfimos ou nulos, uso de dados para customização da oferta e preços de bens e serviços, grandes externalidades de rede de plataformas de dois lados e mercados de preço zero são características que organizam estruturas econômicas novas e não totalmente compreendidas.

Como visto no caso de preços predatórios, tais características podem muitas vezes inutilizar o instrumental dogmático existente para a aferição de uma conduta específica. No caso *Microsoft Money*, pelo fato de o bem em questão se tratar de um *software* cujo principal custo é seu desenvolvimento, e não sua reprodução em escala, a noção de parâmetros de custos relevantes para a configuração de preços predatórios tornou-se menos clara. O uso de outro parâmetro de custos que não o custo marginal de reprodução do *software* não necessariamente alteraria o resultado da decisão, mas certamente exigiria um caminho analítico distinto.

⁶¹ Para um melhor panorama, ver: LYNN, Barry C. *Cornered: the new monopoly capitalism and the economics of destruction*. Nova Jersey: Willey, 2010; FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's democracy deficit. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, p. 2543 e ss.; e STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*, v. 53, p. 551-629, 2012.

⁶² Essa guinada na literatura norte-americana se assemelha ao direito antitruste concebido pela escola ordoliberal alemã. *Vide*: ANCHUSTEGUI, Ignacio Herrera. Competition law through an ordoliberal lens. *Oslo Law Review*, v. 2, 2015.

De modo similar, no caso Evermaps, uma estratégia de precificação gratuita em uma ponta da plataforma de dois lados não pode ser imediatamente interpretada como predatória. De um lado, porque a prática de preço zero é algo comum em mercados de plataformas de dois lados que potencializam externalidades de rede para serem viáveis. Do outro, porque a análise de apenas uma ponta da plataforma (acesso gratuito aos usuários) é incapaz de capturar toda a dinâmica econômica em curso (venda de espaços de publicidade remuneram o serviço franqueado aos internautas).

Tais casos indicam que, em mercados digitais, caracterizados por altos custos fixos e baixos custos variáveis, estratégias anticompetitivas são geralmente racionais quando uma firma pode compensar custos em uma ponta do mercado que não seja a dos consumidores. Nota-se, contudo, que um dos principais modelos de precificação de plataformas é a prática de preço zero para uma das pontas, de modo a incentivar a formação de um volume crítico de usuários nesse lado do mercado. Como isso muitas vezes viabiliza o próprio funcionamento da plataforma, a prática de preço zero não pode ser necessariamente tomada como um indício de predação, uma vez que é amparada por uma justificativa econômica relevante, i.e., agregar um volume de usuários de modo a torná-la atrativa para a outra ponta do mercado.

Desse modo, a análise tradicional de práticas predatórias deve ser repensada, pois, com o advento do mercado de preço zero, não faz sentido analisar a conduta apenas pelo viés clássico de prejuízo econômico-financeiro com potencial de recuperação futura. Eventuais práticas predatórias devem ser analisadas levando em conta a plataforma como um todo.

Por fim, é interessante notar como a visão normativa que se tem sobre o direito antitruste irá influenciar as propostas de mudanças e eventuais ajustes necessários na dogmática específica da predação. Lina Khan deixa sua visão clara ao afirmar que plataformas devem atuar sob uma presunção de predação quando praticarem preços abaixo do custo e detiverem poder de mercado, independentemente da probabilidade de recuperação dos custos incorridos. Por outro lado, é interessante notar que, no caso Evermaps, a

CAP, ao avaliar a mesma estrutura de plataforma digital, indica que externalidades de rede podem ser positivas ao mercado, e ofertar serviços a preço zero seria uma estratégia comercial absolutamente legítima para reunir massa crítica em torno da plataforma.

Logo, o que se nota é que mercados digitais apresentam desafios próprios à doutrina de preços predatórios em razão de particularidades de seu funcionamento – por exemplo, preço zero e custos marginais baixíssimos – que são tratados concomitantemente a um debate referente à finalidade do direito antitruste. O que o cenário atual mostra é que, se as ferramentas analíticas tradicionais de análise de predação são consideradas por vezes insuficientes para um diagnóstico preciso de mercado, propostas de aperfeiçoamento divergem não apenas em como lidar com as características de mercados digitais, mas também em relação aos próprios objetivos dessas ferramentas no atual cenário econômico.

CONCLUSÃO

A doutrina de preços predatórios tem pela frente uma série de desafios perante as mudanças trazidas pelos mercados digitais. As plataformas digitais apresentam novos contextos onde as ferramentas analíticas tradicionalmente empregadas pela dogmática antitruste para averiguar condutas anticompetitivas começam a ser questionadas.

Como se nota da análise clássica estabelecida no Brasil, preços praticados abaixo do custo variável médio devem ser tratados como fortes indícios de atividade predatória, dado que a comercialização de bens e serviços seria irracional para um agente econômico nessa faixa de preço. Porém, em mercados digitais, marcados por grandes externalidades de rede, amplo tratamento de dados de consumidores e ausência de custos marginais de produção relevantes, é plausível que uma estratégia de precificação abaixo da linha de custo seja adotada para que uma firma entrante adquira volume de usuários para viabilizar sua plataforma, recuperando seus custos com outros grupos de usuários da plataforma (e.g., anunciantes).

De modo similar, a ideia de que o comportamento dos atores no mercado é, tal como ensina a teoria dos jogos, baseado em escolhas racionais,

que por sua vez são limitadas às informações disponíveis, ganha novos contornos com a coleta e o tratamento de dados disponíveis em plataformas digitais. A atuação de *players* no mercado passa a ser muito mais precisa e eficiente, gerando reduções de custos e maior precisão de atuação, o que pode, ao menos em princípio, gerar efeitos positivos para os usuários.

Por outro lado, maior precisão de atuação também pode significar que as estruturas de controle outrora utilizadas para averiguar comportamentos anticompetitivos no decorrer de um período sejam questionáveis. Como alerta Khan,⁶³ a incapacidade dos modelos atuais de observarem comportamentos a médio e longo prazo pode ser um risco a toda a estrutura concorrencial de um mercado. Do mesmo modo, a utilização de múltiplas linhas de negócios verticalizados ao longo do tempo pode representar uma nova área de investigação sobre predação, que terá de avaliar com mais cuidado discussões de alavancagem (*leverage*) de poder de mercado entre produtos/serviços.

Os casos analisados mostram como as características geralmente apresentadas por mercados digitais trazem desafios relevantes e não triviais às ferramentas jurídicas e econômicas do direito da concorrência mobilizadas para a análise de casos de predação. Simultaneamente, um debate profundo sobre quais são os verdadeiros bens jurídicos tutelados pelo direito antitruste sugere, a partir de outro percurso, a necessidade de revisão de tais técnicas e pressupostos analíticos. Ambos os debates estão sendo desenvolvidos de maneira simultânea e, em casos concretos, podem facilmente se sobrepor. Nesse sentido, deve-se tomar cuidado para não confundir ambas as discussões.

Essa prudência é particularmente útil no caso da predação, uma das condutas mais polêmicas e raras do direito antitruste. Com a emergência dos mercados digitais, o debate tende a continuar, com novos desafios.

⁶³ KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017, p. 710.

REFERÊNCIAS

- ANCHUSTEGUI, Ignacio Herrera. Competition law through an ordoliberal lens. *Oslo Law Review*, v. 2, 2015.
- AREEDA, Phillip; TURNER, Donald F. Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 4, 1975.
- ARSDALE, Suzanne Van; VENZK, Cody. Predatory innovation in software markets. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 29, n. 1, 2015.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Décision 14-D-09 du 04 septembre 2014. Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/sur-les-pratiques-mises-en-oeuvre-par-les-societes-nestle-nestec-nestle-nespresso>. Acesso em: 23 maio 2018.
- BAKER, Jonathan B. Evaluating appropriability defenses for the exclusionary conduct of dominant firms in innovative industries. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 3, 2016.
- BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books Inc., 1978.
- BURNS, Malcolm R. Predatory pricing and the acquisition cost of competitors. *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 2, 1986.
- CADE. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. 2016. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- CALVANI, Terry. Non-price predation: a new antitrust horizon. *Antitrust Law Journal*, v. 54, 1985.
- COUR D'APPEL DE PARIS. Décision déferée à la Cour: Jugement du 31 Janvier 2012 – Tribunal de Commerce de Paris. Arrêt du 25 Novembre 2015. Disponível em: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/google_ca_25nov_15.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.
- EDLIN, Aaron S. Stopping above-cost predatory pricing. *The Yale Law Journal*, v. 111, n. 4, 2002.
- ELZINGA, Kenneth G.; MILLS, David E. Predatory pricing and strategic theory. *The Georgetown Law Journal*, v. 89, 2001.
- FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's democracy deficit. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013.
- FOX, Eleanor M. Against goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013.
- FUNK, Michael; JAAG, Christian. The more economic approach to predatory pricing. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 14, n. 2, 2018.

- GIOCOLI, Nicola. Games judges don't play: predatory pricing and strategic reasoning in US antitrust. *Supreme Court Economic Review*, v. 21, n. 1, 2013.
- GIOCOLI, Nicola. *Predatory pricing in antitrust law and economics: a historical perspective*. London: Nova York: Routledge, 2014.
- GOMEZ, Rosario; GOEREE, Jacob K.; HOLT, Charles A. Predatory pricing: rare like a unicorn? *Virginia Economics Online Papers*, n. 339, 1999.
- HOVENKAMP, Herbert. Is antitrust's consumer welfare principle imperiled? *Journal of Corporation Law*, v. 45, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3197329>. Acesso em: 10 maio 2020.
- HOVENKAMP, Herbert J. Whatever did happen to the antitrust movement? *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1964, 2018. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1964. Acesso em: 10 maio 2020.
- HURWITZ, James D.; KOVACIC, William E. Judicial analysis of predation: the emerging trends. *Vanderbilt Law Review*, v. 35, 1982.
- JOSKOW, Paul L.; KLEVORICK, Alvin K. A framework for analyzing predatory pricing policy. *The Yale Law Journal*, v. 89, n. 2, 1979.
- KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, 2017.
- KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's antimonopoly debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, 2018.
- KREPS, David M.; WILSON, Robert. Reputation and imperfect information. *Journal of Economic Theory*, v. 27, n. 2, 1982.
- LYNN, Barry C. *Cornered: the new monopoly capitalism and the economics of destruction*. Nova Jersey: Willey, 2010.
- MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- OECD. *Oslo manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data*. 3. ed. Paris: OECD, 2005. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/econstatkb/knowledgebasearticle10270.aspx>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- OECD. *Two-sided markets*. 2009. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.
- ORDOVER, Janusz A.; WILLIG, Robert D. An economic definition of predation: pricing and product innovation. *The Yale Law Journal*, v. 91, 1981.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, 1979.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, 2006.

SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *Science and Technology Law Review*, v. XXI, n. 1, 2018.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*, v. 53, 2012.

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS. Jugement prononcé le 31 Janvier 2012. Disponível em: https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/TCparis/31janv2012/GoogleMaps.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

WU, Tim. After consumer welfare, now what? the “protection of competition” standard in practice. *The Journal of the Competition Policy International*, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3249173>. Acesso em: 10 maio 2020.

8. DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS NA ECONOMIA DIGITAL

Esther Collet Janny Teixeira Biselli

INTRODUÇÃO

Uma recente pesquisa da consultoria Accenture indica que mais de 50% dos consumidores concederiam acesso a mais informações privadas aos bancos em troca de juros reduzidos e oferta de serviços e produtos personalizados.¹ Essa troca de informações por benefícios já tem acontecido no Brasil nos relacionamentos com redes supermercadistas e fornecedores de serviços de telefonia móvel, por exemplo.² O uso de informações para aplicação de preços diferenciados pode, no entanto, gerar percepções negativas dos consumidores.³

- 1 *Vide*: ACCENTURE. Novas expectativas forçarão mudança na relação entre bancos e clientes. *Estadão*, 27 maio 2017. Disponível em: <http://patrocinados.estadao.com.br/techvisionbrasil/especiais-destaque/novas-expectativas/>. Acesso em: 11 maio 2020.
- 2 Recentemente, a plataforma Vivo Ads desenvolveu uma campanha em que concede de 10MB até 1GB de internet 4G para clientes que assistirem a um comercial e responderem a um questionário. *Vide*: Vivo Dados Patrocinados: ganhe até 1GB de internet por assistir comerciais. *Minha Operadora*, 14 jun. 2016. Disponível em: <https://www.minhaoperadora.com.br/2016/06/vivo-dados-patrocinados-ganhe-ate-1gb.html>. Acesso em: 11 maio 2020.
- 3 No ano 2000, por exemplo, usuários descobriram que a Amazon.com estava realizando testes de preços e queixaram-se de pagar preços diferentes pelo mesmo DVD. O CEO da Amazon, Jeff Bezos, pediu desculpas em um comunicado de imprensa no mesmo ano indicando que os testes foram aleatórios e garantiu que “nunca testamos os preços com base na demografia dos clientes”. *Vide*: EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *Big data and differential pricing*. 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

Essa divergência de impressões reflete o contraste que também existe entre preocupações concorrenciais decorrentes de condutas exclusionárias, exploratórias ou de distorção de preços praticadas por agentes econômicos com poder de mercado e os benefícios atrelados a tais práticas, como o alcance de maior número de consumidores, economias de escala e/ou escopo, redução de custos de transação e outros ganhos de eficiência.

A ambiguidade que existe entre os benefícios e preocupações concorrenciais da discriminação de preços é reforçada nos mercados digitais, fazendo surgir novos desafios aos mecanismos jurídicos de proteção do consumidor, da privacidade e o direito antitruste. Este capítulo tem como objetivo avaliar as novas características da economia digital, seus possíveis impactos na discriminação de preços e nos critérios de análise dessa conduta por autoridades antitruste.

O capítulo é estruturado em seis tópicos, sendo o primeiro esta breve introdução. O segundo tópico expõe o conceito de discriminação de preços, suas categorias e requisitos. O terceiro tópico apresenta a questão da ambiguidade dos efeitos positivos e negativos da conduta sob o ponto de vista concorrencial. No quarto tópico são apresentadas breves considerações sobre como a discriminação de preços é analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em mercados tradicionais. O quinto tópico detalha as características da economia digital e seus impactos na discriminação de preços e na análise antitruste de tal conduta, passando por discussões levantadas em artigos acadêmicos e em precedentes do Cade. O sexto e último tópico expõe uma breve conclusão.

8.1 | **O QUE É DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS?**

A discriminação de preços refere-se à venda de produtos idênticos ou similares – com os mesmos custos marginais de produção – por preços diferentes, buscando identificar a disposição individual do consumidor em pagar por aquele produto (*willingness to pay*).⁴ Do ponto de vista econômico,

⁴ No âmbito do Processo Administrativo n. 08012.001099/1999-71, um dos mais relevantes na análise de conduta de discriminação de preços pelo Cade, o então Conselheiro-Relator

a discriminação de preços pode ser caracterizada como a capacidade de um agente econômico se apropriar da maior parcela possível do excedente do consumidor,⁵ sendo categorizada como de primeiro, segundo ou terceiro grau.

Três condições são necessárias para a discriminação de preços. Primeiro, a empresa deve ter um grau considerável de poder de mercado, pois, do contrário, não conseguirá cobrar dos consumidores um preço acima do cobrado em condições normais de concorrência (i.e., próximo ao custo marginal). Segundo, a empresa deve ser capaz de classificar os consumidores de acordo com sua disposição de pagar pelo produto.⁶ Terceiro, a empresa deve ser capaz de evitar que os consumidores que pagam preços mais baixos revendam o produto por preços mais altos. Essa possibilidade, chamada de arbitragem (*arbitrage*), elimina a capacidade de o produtor definir lucrativamente um preço específico para cada comprador ou grupo de compradores.

Carlos Ragazzo definiu que “A discriminação de preços pode ser caracterizada como a venda de um mesmo produto a diferentes clientes sob diferentes condições sem justificativa para tanto”. A investigação tratava de práticas discriminatórias na prestação dos serviços de emplacamento e lacração de placas especiais para veículos automotores, no Estado de São Paulo, aos clientes que adquirissem as referidas placas em estabelecimentos concorrentes. A empresa denunciante foi a Steel Placas Indústria e Comércio Ltda., e as empresas investigadas eram as seguintes: Comepla Indústria e Comércio Ltda., Reprinco Indústria e Comércio Ltda., Queiroz & Souza Comércio de Placas Automotivas Ltda.

- 5 Nas palavras de Posner: “Price discrimination is a term that economics use to describe the practice of selling the same product to different customers at different prices even though the cost of sales is the same of each of them. More precisely, it is selling at a price or prices such that the ratio of price to marginal costs is different in different sales” (POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001). O excedente do consumidor corresponde à diferença entre o montante que o consumidor está disposto a pagar por determinada quantidade de um bem e o montante que efetivamente paga.
- 6 Isso pode ser baseado em características ou informações que a empresa tem a sua disposição ou na observação do comportamento do consumidor. Se os consumidores fossem totalmente anônimos e homogêneos em suas compras, não haveria como definir preços diferentes.

A discriminação de primeiro grau, também conhecida como discriminação perfeita de preços, consiste na cobrança, de cada cliente, com base em sua máxima disposição para pagar por um determinado bem.⁷ Nesse caso, o ofertante é capaz de extrair o máximo de excedente de seus consumidores. Esse tipo de discriminação tende a ser considerado como teórico,⁸ embora sua existência na prática seja facilitada com o uso de *big data*. Já a chamada discriminação quase perfeita de preços seria observável na prática: a definição de preços feita com base em características individuais (e não nas características de um grupo), mas sem chegar perfeitamente à disposição de cada consumidor em pagar.⁹

A discriminação de segundo grau consiste na definição de preços diferentes com base nas versões do produto, incluindo a variação dos preços decorrente da quantidade comercializada. A discriminação, nesse caso, é indireta, já que a escolha da versão ou quantidade do produto é do consumidor.¹⁰

- 7 Vide: OECD. *Price discrimination – background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020.
- 8 Na visão de Motta, a discriminação de primeiro grau seria essencialmente teórica, pois pressupõe a completa inexistência de assimetrias de informações entre as empresas e seus consumidores, premissa reconhecidamente utópica (MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004).
- 9 Situação recorrente usada para exemplificar esse tipo de prática seria o desconto personalizado nos preços das universidades dos Estados Unidos, definidos a partir de um “teste de médias” que considera diversas variáveis como a renda dos pais, as notas dos alunos e a renda futura esperada como graduado do curso em questão.
- 10 Esse tipo de discriminação inclui, por exemplo, descontos em compras de maiores quantidades, compras de passagens aéreas em classe executiva *versus* econômica, medicamentos comprimidos *versus* dissolúveis, planos-padrão *versus* planos não padronizados. Tal prática pode ser justificada pela redução dos custos de transação em relação ao número de quantidades vendidas e também como forma de fidelização de clientes. Independentemente do motivo pelo qual os descontos são concedidos, não há como negligenciar os ganhos de bem-estar para o consumidor.

Por fim, na discriminação de terceiro grau, os preços variam de acordo com os diferentes grupos de consumidores, que, por sua vez, possuem diferentes características observáveis, ou seja, diferentes elasticidades de demanda. Exemplos típicos incluem preços mais baixos para pensionistas, crianças ou estudantes, ou preços mais baixos para consumidores em diferentes países.

8.2 | **QUESTÃO AMBÍGUA**

A discriminação de preços está prevista na lei de defesa da concorrência brasileira (Lei n. 12.529/2011) dentre as possíveis condutas anticompetitivas unilaterais, que consistem em ações realizadas por agentes dotados de poder de mercado (i.e., composição dominante) que buscam promover alterações artificiais às condições de concorrência em determinado mercado, gerando uma perda de bem-estar ao consumidor final. O Cade, a quem a Lei n. 12.529/2011 conferiu a atribuição de investigar e punir práticas definidas como ilícitas, tem entendido que a discriminação de preços é justificável ao permitir o alcance de maior número de consumidores, economias de escala e/ou escopo, redução de custos de transação e outros ganhos de eficiência que proporcionem um aumento de bem-estar suficientemente elevado para superar os eventuais prejuízos decorrentes da discriminação.

Nos casos da discriminação de primeiro e terceiro grau, ao ser capaz de cobrar, de cada cliente ou grupo de clientes, o preço equivalente à sua máxima disposição de pagar por um determinado bem, o agente econômico estaria maximizando o bem-estar agregado, entendido como a soma dos excedentes do produtor e do consumidor. A impossibilidade de discriminar preços implicaria a cobrança de um mesmo valor para todos os consumidores, excluindo da relação de consumo aqueles cuja disposição de pagar estaria abaixo do nível de preço praticado, ao mesmo tempo que consumidores com maior disposição ao consumo do bem pagariam um preço inferior a essa disposição. Nesse contexto, o nível de bem-estar agregado (i.e., eficiência alocativa) é inferior ao contexto em que a discriminação de preços viabiliza a oferta do mesmo produto a um grupo maior de usuários. No entanto, do ponto de vista distributivo, a discriminação de preço leva a uma

transferência de bem-estar do consumidor para o produtor, na medida em que este se apropria do excedente do consumidor (i.e., diminui a diferença entre a disposição de pagar do consumidor e o preço efetivamente pago).

Também não há como negligenciar os ganhos de bem-estar para o consumidor com os descontos da discriminação de segundo grau para aquele que adquire em grande quantidade, por exemplo. Diante de elevadas economias de escala, afigura-se em geral eficiente cobrar menos de consumidores de volumes maiores. De modo similar, quando o custo marginal de fornecimento de um serviço aumenta substancialmente em certos intervalos de tempo – “períodos de pico” –, a fixação de preços diferentes pode ser eficiente.

Desde os anos 1930, economistas vêm tentando definir regras para identificar casos em que a discriminação de preços pode ser benéfica para os consumidores. Tradicionalmente, três potenciais positivos são considerados: (i) aumento da produção e garantia de que mais consumidores tenham acesso a produtos em níveis de preços com que possam arcar; (ii) acirramento da competição e, portanto, redução de preços e aumento da produção; e (iii) criação de incentivos à dinamicidade por meio de investimentos ou inovações que beneficiam consumidores.

Por outro lado, as diferentes jurisdições consideram três níveis de aplicação de discriminação de preços que geram preocupações concorrenciais de modo geral. O primeiro é chamado *primary-line injury*, em que a discriminação de preços prejudica diretamente um rival, e isso poderia gerar prejuízos indiretos aos consumidores. No segundo nível, *second-line injury*, a discriminação de preços prejudica diretamente os consumidores, e, por fim, o *third-line injury* gera preocupações com valores como a justiça ou outros objetivos políticos, e não com efeitos do poder de mercado.

Os casos de *primary-line injury* têm se limitado àqueles que geram prejuízo a um concorrente e, ao mesmo tempo, aos consumidores. Trata-se das chamadas condutas abusivas exclusionárias.¹¹ Já no nível da *second-*

¹¹ Existem, em geral, duas preocupações concorrenciais com a discriminação de preços a montante com efeitos de distorção nos mercados a jusante. A primeira é que a discriminação

-line injury, em que os consumidores são prejudicados diretamente, a discriminação de preços não é exclusionária, mas pode gerar duas principais preocupações concorrenciais: em algumas jurisdições, como nos Estados Unidos, os casos de *second-line injury* são limitados a condutas de distorção de preços, enquanto em outras, como na Europa e no Japão, consideram-se, também, as condutas exploratórias.¹² Em teoria, a Lei n. 12.529/2011 abrange tanto condutas exclusionárias como exploratórias, já que proíbe qualquer ato que tem como objeto ou efeito não somente a limitação da livre concorrência, mas também o aumento arbitrário de lucros.¹³ No entanto, o Cade tem focado seu *enforcement* prioritariamente sobre condutas exclusionárias, dada a dificuldade de definição de conduta exploratória.

minação de preços por uma empresa dominante nos mercados de insumos possa levar à cobrança de preços mais altos de empresas mais eficientes e preços mais baixos de empresas menos eficientes nos mercados a jusante. A eficiência seria, portanto, prejudicada e os preços a jusante seriam mais altos do que deveriam num mercado competitivo. A segunda é que as empresas a jusante possam tomar decisões ineficientes enquanto tentam negociar preços menores de insumos de uma empresa dominante a montante.

- 12** Nos Estados Unidos, em quase todas as instâncias, não há proibição das empresas de estabelecer um preço “excessivo”, porque a liberdade de uma empresa determinar as condições (incluindo preço) sobre as quais vende seu produto ou serviço é um componente central do livre mercado. Numa economia de livre mercado, o preço serve funções alocativas críticas. O preço se ajusta para equilibrar a oferta e a demanda, e preços altos muitas vezes servem para atrair investimento para os mercados em que criaria o maior benefício para o consumidor. Esse princípio central da lei antitruste dos Estados Unidos é apoiado por decisões judiciais que sustentaram, por exemplo, que “a mera posse de poder de monopólio e a concomitante cobrança de preços monopolísticos não são apenas ilegais; é um elemento importante do sistema de livre mercado”.
- 13** Em 2010, no caso Sindimiva, o Cade realizou uma discussão aprofundada sobre a aplicabilidade da regra de conduta exploratória, considerando a ausência de critérios razoáveis para examinar se o preço foi exploratório ou não. Por 4 votos a 3, o Tribunal do Cade concluiu que a precificação exploratória poderia ser uma conduta por si só. Até o momento, no entanto, o Cade não analisou qualquer conduta exploratória que por si só seria objeto de infração antitruste.

Por fim, os casos de *third-line injury* se baseiam em conceitos de justiça ou outros objetivos políticos. Algumas jurisdições proíbem diferenças de preço baseadas em características como gênero, raça ou deficiência, por exemplo. O que essas regras baseadas em justiça buscam abordar é o preço que discrimina com base em características consideradas fora dos limites de razoabilidade.

A discriminação de preços pode ser usada em muitas estratégias exclusionárias que buscam aumentar ou proteger o poder de mercado, por exemplo, por meio de preços predatórios, descontos de fidelidade, *bundled discounts*, *margin squeeze* para excluir concorrentes. Já a discriminação exploratória de preços pode se referir à conduta da empresa com poder de mercado que define preços altos que maximizam seu lucro ou que, além disso, alteram o nível de maximização de lucros, elevando *markups*. Essas estratégias, chamadas estratégias de particionamento, podem incluir medidas para evitar a arbitragem ou para distinguir clientes sofisticados de clientes “ingênuos”, bem como coletar e analisar dados sobre a disposição do consumidor individual de pagar por um produto. Essas ações podem ser adotadas para segmentar consumidores, aumentar as margens médias, configurando um exercício de poder de mercado.

Como se nota, a ambiguidade da prática de discriminação diz respeito à tensão entre a potencial geração de eficiência alocativa (i.e., expansão da produção e das vendas para atingir mais consumidores) e o potencial impacto negativo sobre o bem-estar do consumidor e/ou sobre a competição no mercado a jusante.

8.3 | **COMO A DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS É ANALISADA PELO CADE EM MERCADOS TRADICIONAIS?**

De acordo com o art. 36 da Lei n. 12.529/2011, condutas anticompetitivas são os atos manifestados sob qualquer forma, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de limitar, falsear ou prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência ou a livre-iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer, de

forma abusiva, posição dominante. A discriminação de preços é um exemplo de conduta punível por efeitos, pois, ao contrário das práticas colusivas como o cartel, em que a ilicitude se dá pelo próprio objeto (ou seja, são ilegais *per se*), pode ter efeitos positivos para a concorrência, e, portanto, sua ilicitude não pode ser presumida.

Tendo em vista o caráter ambíguo das condutas puníveis por efeitos, o Cade as analisa à luz da regra da razão, ou seja, com base na análise do caso concreto é avaliado se os efeitos líquidos da prática são positivos ou negativos para a concorrência. Essa mesma abordagem seria adotada em casos de discriminação de preços em mercados digitais.

A análise usualmente adotada pelo Cade (análise tradicional) em casos de condutas ilícitas pelos efeitos é mais complexa que a de condutas ilícitas pelo objeto. Não basta identificar a ocorrência da conduta, é preciso examinar as características do mercado para verificar (i) se a empresa envolvida detém poder de mercado; (ii) se a conduta investigada possui potencial lesivo à concorrência; e (iii) a existência de justificativa econômica, jurídica ou regulatória para a adoção da referida conduta.¹⁴

- 14** A legislação concorrencial pressupõe que o agente goza de posição dominante quando detém participação do mercado acima de 20% – mas esse percentual pode ser alterado dependendo do setor analisado ou das condições de mercado, como barreiras à entrada e rivalidade. Há presunção de posição dominante quando a empresa é capaz de alterar unilateralmente as condições de mercado. O potencial lesivo das condutas pode ser caracterizado de várias formas. Tradicionalmente, o Cade observa o potencial de a conduta criar mecanismos de exclusão de concorrentes, seja pelo aumento de barreiras à entrada para competidores potenciais, seja pela elevação de custos dos competidores efetivos, e facilitação de práticas concertadas entre empresas concorrentes, dentre outros. A racionalidade da conduta varia de acordo com as situações específicas do mercado e das empresas envolvidas. Exemplos de situações consideradas pelo Cade incluem a tentativa de redução de custos de transação, proteção à reputação e investimentos realizados em ativos específicos, estímulo ao desenvolvimento de economias de escala/escopo no mercado-alvo ou proteção ao desenvolvimento tecnológico no mercado de origem.

A maior parte dos casos de discriminação de preços investigados pelo Cade se dá na relação de fornecimento/distribuição entre empresas que atuam em mercados verticalmente relacionados. Um dos mais recentes analisados no âmbito do controle de estruturas envolveu a operação de aquisição da Time Warner (TW) pela AT&T, empresa controladora da Sky no Brasil.¹⁵ Uma das principais preocupações verificadas pelo Cade decorria do fato de a TW possuir significativo poder de mercado no fornecimento de canais de TV programados/serviços de licenciamento de canais e no licenciamento de conteúdo a ser oferecido sob demanda por operadoras de TV por assinatura, enquanto a AT&T era a segunda maior fornecedora do serviço de TV por assinatura no Brasil. O Cade concluiu que a empresa resultante da operação teria incentivo e capacidade de praticar discriminação de preços, sendo que uma das condições para aprovação da operação foi o compromisso de não discriminação no acesso do conteúdo fornecido pela TW e na negociação dos termos de licenciamento entre a AT&T e outros distribuidores concorrentes.¹⁶

Outro caso recente analisado pelo Cade no âmbito do controle de condutas envolveu o fornecimento de gás natural pela Petrobras ao consórcio Gemini.¹⁷ De acordo com a Comgás, a Petrobras estaria favorecendo o consórcio (formado por Petrobras, White Martins e GasLocal) no suprimento

¹⁵ Ato de Concentração n. 08700.001390/2017-14. Parecer n. 05/2017/CGAA4/SGA1/SG.

¹⁶ Interessante notar que, ao analisar o caso, nem a SG nem o Tribunal usaram a oportunidade para considerar os impactos da disrupção no mercado causados pelo surgimento dos mercados de *streaming* e de plataformas *on-line* de entretenimento. Na análise do Tribunal, inclusive, há a menção de que tanto o mercado de *video on demand* (VoD) como o de *over-the-top* (OTT) não poderiam ser colocados nos mesmos mercados relevantes de análise, uma vez que não haveria substitutibilidade entre eles, além de serem “produtos distintos, com lógicas, incentivos e mecanismos de funcionamento distintos” (Ato de Concentração n. 08700.001390/2017-14. Voto. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo).

¹⁷ Processo Administrativo n. 08012.011881/2007-41. Representante: Companhia de Gás de São Paulo (Comgás). Representados: Petróleo Brasileiro S.A., White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda.

de gás para distribuidores. Seguindo precedentes anteriores, o Cade levou em conta quatro critérios para verificar se a discriminação de preços levaria a uma conduta antitruste: a empresa tem posição dominante, existem incentivos estruturais, contratuais e comerciais para a discriminação, a discriminação tem o potencial de prejudicar a concorrência e não há legítima justificativa para a conduta.¹⁸

Interessante notar que nos casos AT&T e consórcio Gemini, bem como na maior parte dos casos de discriminação de preços já julgados pelo Cade,¹⁹ a autoridade lidou com a conduta de discriminação de preços em contextos de verticalização, em que a empresa verticalizada poderia fornecer acesso a um produto/insumo a preços diferentes para partes relacionadas e competidores. Nesses casos, há preocupação com o fechamento de mercado. Como se verá adiante, algumas condutas praticadas em estruturas verticalizadas envolvendo mercados digitais já vêm sendo investigadas pelo Cade, que tem seguido seu *standard* probatório tradicional.

18 Algumas condutas de discriminação de preços investigadas pelo Cade envolvem políticas de desconto. Uma das investigações de maior relevância é referente à adoção, pela Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), do programa de fidelidade Tô Contigo, no qual eram concedidos descontos aos distribuidores com o intuito de aumentar o consumo das bebidas de marca Ambev (discriminação de preços de segundo grau). Em sua análise, o Cade sopesou os supostos benefícios do programa elencados pela Ambev, mas concluiu que a conduta aumentou os custos de rivais e ocasionou o fechamento do mercado, tendo em vista: (i) o relevante poder de mercado detido pela representada; (ii) a exclusividade induzida que era exigida dos distribuidores; e (iii) o caráter não linear dos descontos concedidos. Assim, os supostos efeitos positivos dos descontos oferecidos pelo programa não seriam capazes de superar seus efeitos anticompetitivos.

19 Além dos casos AT&T e consórcio Gemini, outros exemplos de casos recentes de discriminação de preços que se deram na relação de fornecimento/distribuição entre empresas que atuam nos mercados a montante e a jusante foram os seguintes: Inquérito Administrativo n. 08700.011091/2015-18. Representante: Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André (Semasa). Representado: Sabesp. Procedimento Preparatório n. 08700.006891/2015-17. Representado: Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A.

8.4 | **O QUE MUDA EM MERCADOS DIGITAIS?**

A rápida expansão de novas tecnologias, incluindo plataformas digitais e ferramentas para coleta e processamento de dados, tem introduzido no mercado novos produtos e serviços com potencial disruptivo e mudado a forma como as empresas atuam e fazem negócios. Algumas das principais características dessa nova economia digital,²⁰ responsáveis pelo seu maior dinamismo em relação aos mercados tradicionais, são: (i) inovação contínua; (ii) presença de *multi-sided markets*, as chamadas plataformas digitais de dois ou mais lados, que geram efeitos de rede e a tendência de empresas atuarem como intermediadoras;²¹ (iii) a presença de *zero-price markets*, já que em muitos mercados digitais de dois ou mais lados os serviços e produtos são oferecidos a consumidores de um dos lados “de graça”;²² (iv) presença de *big data* e o *data analytics*,²³ com o uso de dados como ativos que conferem maior vantagem competitiva, ou seja, a formação e o

20 Para fins deste capítulo, entendemos mercados digitais como mercados nos quais o bem ou serviço ofertado é virtual ou possui utilidade em razão de plataforma virtual.

21 Conforme definido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), consistem em relação direta entre o sucesso do serviço/produto e o número de usuários: para os consumidores, quanto mais clientes, melhor. Muitos mercados digitais se beneficiam desse efeito porque o serviço oferecido consiste na interação entre seus usuários – assim, quanto mais pessoas se utilizam daquele serviço, mais fácil e eficiente a interação. *Vide*: OECD. *Merger review in emerging high innovation markets*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2492253.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.

22 Em plataformas como Google e Facebook, o modelo de negócios de pelo menos um lado é baseado em propaganda, o que depende da monetização da atenção dos usuários da outra ponta.

23 De modo geral, pode-se dizer que *big data* seria a coleta de dados em si, formando um grande volume de informações, e *data analytics* seriam os algoritmos que podem acessar e analisar/processar esse grande volume de informações. Com a redução no custo de coleta, transmissão e armazenamento de dados, a tendência é que cada vez um número maior de empresas utilize uma maior quantidade de dados para auxiliá-las na prestação de bens e serviços. Isso demonstra que, embora a tecnologia e as plataformas digitais tenham criado novos mercados, mercados tradicionais também incorporam a lógica de coleta e processamento de dados para obter vantagem competitiva.

processamento de uma base de dados é considerada essencial para possibilitar a melhora e criação de novos produtos e serviços; e (v) presença do *multihoming*, ou seja, consumidores tendem a usar múltiplos serviços digitais do mesmo tipo em determinado período.²⁴

8.4.1 | IMPACTOS DA ECONOMIA DIGITAL NA DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS ENTRE CONSUMIDORES FINAIS

8.4.1.1 | Comportamento dos vendedores

A economia digital afeta principalmente três modos pelos quais vendedores praticam a discriminação de preços por meio da exploração da curva de demanda: (i) aumento da capacidade de obtenção de dados mais detalhados e individualizados do comportamento do consumidor; (ii) direcionamento de produtos e preços com base em dados demográficos (*steering*); e (iii) segmentação comportamental e personalizada.

a) Exploração da curva de demanda por meio do aumento da capacidade de obtenção de dados mais detalhados e individualizados do consumidor

O impacto mais significativo que a economia digital tem sobre a discriminação de preços está relacionado à facilitação da coleta e análise de grandes volumes de informações dos consumidores.²⁵ Ao relacionar essas infor-

²⁴ Uma outra importante característica da economia digital é a corrida *pelo* mercado em vez da concorrência *no* mercado. Em face das externalidades de rede existentes nos novos mercados, certos agentes econômicos se beneficiam da vantagem de serem os primeiros a alcançar certas posições privilegiadas (*winner takes all*). Essas posições privilegiadas podem ser alcançadas por meio de arranjos verticais discriminatórios cujo efeito, ainda que não imediato, poderá ser o de fechamento dos mercados envolvidos. Alguns autores indicam, ainda, a assimetria de informação e a tendência à monopolização como características da economia digital, o que por si só poderia levantar potenciais preocupações concorrenciais nesses mercados.

²⁵ Entre as informações que podem ser acumuladas, processadas e analisadas estão, por exemplo, a localização do dispositivo móvel do consumidor, os tipos de dispositivos e modelos de dispositivos que possui ou usa, os termos buscados em pesquisas, histórico de navega-

mações à internet das coisas, como informações de dispositivos em carros, cozinhas e de saúde, por exemplo, e observando quando os consumidores compram e quando não compram, as empresas serão capazes de modelar e prever a disposição de pagar de cada indivíduo.

Empresas já “testavam” a disposição de pagar de cada indivíduo em mercados tradicionais, porém de forma mais lenta e mais cara.²⁶ A internet fornece hoje um meio muito mais rápido e eficiente para executar experimentos de demanda. Por exemplo, estudo recente identificou centenas de milhares de experiências pelo *site* eBay, em que um item idêntico foi listado várias vezes pelo mesmo vendedor a preços diferentes ou com diferentes parâmetros de leilão, presumivelmente para que aprendesse como essas variáveis influenciam a demanda pelo produto. Nota-se, no entanto, que experimentos de preços com a demanda são controversos.

Ainda que os vendedores não desejem fixar de forma individualizada os preços para potenciais compradores em um determinado momento, é possível coletar dados semelhantes aumentando e diminuindo os preços de todos os clientes em intervalos de tempo muito curtos.

A facilitação da exploração de curva de demanda em mercados digitais significa que as empresas que antes poderiam praticar uma discriminação relativamente bruta de preços de terceiro grau podem, agora, praticar a discriminação de preços de primeiro grau ou a discriminação quase perfeita de preços.²⁷ O argumento histórico de que a discriminação de preços de

ção, artigos lidos, compras ou cesta de compras virtual, conteúdo transmitido ou baixado e movimentação das redes sociais. *Vide*: WILSON, Christo. If you use a Mac or an Android, e-commerce sites may be charging you more. *The Washington Post*, 3 nov. 2014. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2014/11/03/if-you-use-a-mac-or-an-android-e-commerce-sites-may-be-charging-you-more/>. Acesso em: 11 maio 2020.

²⁶ *Vide* EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *Big data and differential pricing*. 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

²⁷ *Vide*: OECD. *Price discrimination – background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf). Acesso em:

primeiro grau é apenas teórica pode não mais se sustentar na economia digital: “grandes conjuntos de dados sobre comportamento individual, popularmente conhecidos como ‘big data’, agora estão prontamente disponíveis e contêm uma série de informações potencialmente úteis para determinar preços específicos para cada pessoa”.²⁸

b) Direcionamento de produtos e discriminação de preços com base em dados demográficos (steering)

Steering é a prática de mostrar produtos diferentes para clientes em diferentes grupos demográficos. No ambiente *on-line*, o *steering* ocorre quando um *site* altera seus resultados de pesquisa com base em informações sobre um potencial cliente. Como discriminação de preços de terceiro grau, o *steering* usa informações sobre potenciais compradores, mas não no nível individual. O *steering* pode ocorrer com ou sem o conhecimento do cliente.²⁹

11 maio 2020; EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *Big data and differential pricing*. 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembar-go_v2.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

²⁸ Shiller conclui que o aumento nos lucros viabilizado pela discriminação de preços de primeiro grau é muito maior quando o comportamento da navegação na internet é usado para prever a avaliação dos indivíduos. Isso sugere que a discriminação de preços de primeiro grau pode evoluir de apenas teórico para prático e amplamente utilizado (SHILLER, Benjamin Reed. First degree price discrimination using big data. *Working Papers Series*, Brandeis University, n. 58, 2013. Disponível em: https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP58.pdf. Acesso em: 11 maio 2020).

²⁹ Por exemplo, o *site* da Dell Computer pode oferecer o mesmo *laptop* a diferentes tipos de compradores (tais como usuários governamentais, acadêmicos, individuais e empresariais) a preços diferentes. Esse tipo de precificação diferencial é facilmente observado porque os compradores são solicitados a identificar a qual grupo pertencem. Por outro lado, os clientes podem não estar cientes de que alguns varejistas da internet variam os preços ou direcionam os consumidores para diferentes produtos com base no endereço de internet do computador, que fornece uma aproximação da sua localização geográfica, ou com base no tipo de dispositivo que estão usando.

c) *Segmentação comportamental e preços personalizados*

O uso da internet e dos *smartphones* produz muitos novos tipos de dados comportamentais que podem ser usados para o *marketing* direcionado ou a adaptação de preços para um conjunto de produtos.³⁰ Por exemplo, anunciantes *on-line* usam dados de navegação coletados de redes de anúncios e *cookies* de terceiros para enviar aos usuários anúncios direcionados. Muitos serviços da *web* também usam dados comportamentais para fazer recomendações personalizadas. Por exemplo, a Amazon recomenda livros, a Netflix recomenda filmes e a Apple e o Google recomendam músicas com base na compra dos clientes e em padrões de consumo.

Outro exemplo recorrente do uso de *big data* para o direcionamento de publicidade e cobrança diferenciada de preços é o de programas de fidelidade. Quando um comprador participa desse tipo de programa de relacionamento, geralmente fornece informações pessoais e consente que o vendedor acompanhe suas compras. Em troca, o comprador normalmente recebe algum tipo de benefício, como *upgrades* de assentos ou voos gratuitos de um programa de passageiros frequente de uma companhia aérea, ou descontos em itens específicos de um supermercado. Os vendedores usam programas de fidelidade para personalizar seu *marketing*. Alguns varejistas fazem parcerias com empresas que agregam dados de programas de fidelidade e as usam para criar cupons personalizados.³¹

³⁰ Historicamente, esse tipo de personalização exigia que uma pessoa negociasse o preço de cada carro, por exemplo. No entanto, o *big data* e o comércio eletrônico reduziram os custos de segmentação e discriminação de preços em primeiro grau.

³¹ Nesse sentido, os programas de fidelidade nas redes supermercadistas, que começaram há quase 20 anos, com a experiência do Pão de Açúcar, estão em fase de transição. Antes baseados no acúmulo de pontos que geravam prêmios, tornaram-se propostas de relacionamento mais direto, uma espécie de clube em que o consumidor fornece informações sobre seus hábitos e, em contrapartida, ganha descontos automáticos (CARVALHO, Jiane. Supermercado troca pontos por dados sobre consumo. *Valor Econômico*, 27 jul. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5691427/supermercado-troca-pontos-por-dados-sobre-consumo>. Acesso em: 11 maio 2020).

8.4.1.2 | Comportamento dos consumidores finais

Como visto, o escopo da discriminação de preços na economia digital está se expandindo à medida que as empresas aumentam a precisão com a qual podem prever a disposição de pagar de um indivíduo. Uma das preocupações como consequência disso é a facilitação da discriminação exploratória de preços, já que preços personalizados potencialmente aumentam a apropriação do excedente dos consumidores.³²⁻³³ Por outro lado, três fatores sobre o comportamento do consumidor poderiam afastar as preocupações relacionadas aos preços personalizados: (i) o rápido crescimento do comércio eletrônico; (ii) a proliferação do uso de tecnologias *consumer-empowering*; e (iii) a lenta assimilação de ferramentas de privacidade.³⁴

32 Seria improvável que a discriminação de preços na economia digital tivesse impacto na recorrência de condutas exclusionárias ou de distorção de preços, uma vez que esses casos ocorrem predominantemente nos mercados a montante (OECD. *Algorithms and collusion – background note by the Secretariat*. 2017. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020).

33 Documento da OCDE indica que, nos mercados digitais, os consumidores podem não estar cientes de que o preço de um determinado produto em sua tela é diferente do preço do mesmo produto exibido para outro consumidor. Isso pode impedi-los de escolher entre comprar de empresas que definem preços personalizados e aquelas que não o fazem. O documento também aponta que a discriminação personalizada de preços pode ser dispendiosa, já que dados devem ser atualizados, e algoritmos e análises devem ser aprimorados para manter a precisão das estimativas. Se as empresas detêm poder de mercado, os custos desse investimento podem ser repassados para os consumidores. Em conjunto, essas características significariam que a discriminação de preços na economia digital pode ser mais prejudicial aos consumidores, tanto do ponto de vista estático quanto dinâmico (OECD. *Algorithms and collusion – background note by the Secretariat*. 2017. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020).

34 *Vide*: EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *Big data and differential pricing*. 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

a) *Comércio eletrônico*

O aumento do uso da internet como canal de compras e o volume de transações nesse canal podem indicar que consumidores acreditam que estão obtendo um bom negócio na internet, independentemente de quaisquer diferenças nas práticas de preços dos varejistas *on-line* e *off-line*.

b) *Tecnologias consumer-empowering*

No ambiente *on-line*, consumidores têm a sua disposição uma variedade de ferramentas que os auxiliam a encontrar o melhor negócio caso haja preocupação com *steering* ou discriminação de preços. Mecanismos de busca e *sites* de comparação e rastreamento de preços são exemplos de ferramentas que capacitam os consumidores. A internet também pode tornar mais fácil para os compradores se tornarem vendedores. Os mercados digitais têm impactos ambíguos sobre a arbitragem de preços, cuja dificuldade é uma condição essencial para a efetiva discriminação de preços. Por um lado, a natureza dos produtos digitais pode permitir que as empresas estabeleçam restrições à reutilização no próprio produto,³⁵ reduzindo a possibilidade de revenda. Por outro lado, plataformas digitais também criaram novos mercados de revenda de produtos que podem ser eficientes.³⁶

Uma tecnologia considerada revolucionária para o consumidor é a de compartilhamento (*sharing economy*), que vai além de plataformas digitais de dois lados que conectam compradores e vendedores. Compartilhando bens anteriormente indivisíveis, a economia de compartilhamento aproveita

³⁵ Estes podem restringir o tipo de dispositivo com o qual um produto pode ser usado, em que país ou região ele pode ser usado, e se o produto pode ser transferido para outra pessoa. “For example, geo-blocking of movie and sport content often makes this inaccessible in different countries” (OECD. *Algorithms and collusion – background note by the Secretariat*. 2017. p. 44. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020). Vide: EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: e-commerce sector inquiry finds geo-blocking is widespread throughout EU. 18 mar. 2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_en.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

³⁶ Por exemplo, a revenda no eBay e em outros *sites* criou mercados de segunda mão *on-line* e permitiu que eles operassem em uma escala muito maior do que mercados de segunda mão *off-line*.

a enorme capacidade não utilizada dos próprios consumidores e os transforma em pequenos fornecedores. Exemplos incluem o Airbnb, no qual proprietários de casas e locatários de longo prazo vendem aluguéis de curto prazo de volta ao mercado por meio do *site*. Isso abre novas possibilidades de competir com a capacidade existente e, portanto, reduzir drasticamente os preços. Quando o cliente tem autonomia para compartilhar, a economia de compartilhamento pode facilitar a arbitragem, pois permite a revenda dessa capacidade não utilizada.

c) Ferramentas de privacidade

Por fim, a adoção relativamente baixa de algumas ferramentas de privacidade disponíveis aos consumidores. Por exemplo, a maioria dos navegadores permite que os usuários definam políticas para aceitar diferentes tipos de *cookies* usados para rastrear seu comportamento de navegação. Da mesma forma, os usuários podem desativar a publicidade direcionada em muitos *sites* clicando em um pequeno ícone triangular, mas geralmente não o fazem. Os defensores da privacidade sugerem que os usuários não estariam cientes dessas ferramentas e não saberiam que os anunciantes estão reunindo e agregando dados sobre seu uso da internet. Por outro lado, isso poderia ser considerado “ignorância racional” por parte dos consumidores, refletindo uma visão de que o custo de se engajar com detalhes de configurações de privacidade supera os benefícios obtidos. As evidências sobre essa questão são variadas, refletindo um cenário técnico e comercial em rápida evolução.

8.4.2 | IMPACTOS DA ECONOMIA DIGITAL NA DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS PELOS PROVEDORES DE INTERNET

O crescimento da economia digital também criou algumas oportunidades adicionais para discriminação entre clientes intermediários. O exemplo mais importante disso é a venda da capacidade de conexão à internet, infraestrutura básica para a economia digital.³⁷ Provedores de serviços de

³⁷ OECD. *Price discrimination – background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020.

internet (*internet service providers* [ISPs]) têm a oportunidade de discriminar o preço que cobram (ou a qualidade que fornecem) para empresas que fornecem conteúdo. A oportunidade surge porque as empresas fornecedoras de conteúdo teriam uma disposição diferente para pagar pelo serviço.³⁸⁻³⁹

8.4.3 | IMPACTOS DA TRANSFORMAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL NA ANÁLISE ANTITRUSTE DE DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS

Como consequência das características da economia digital, variáveis como o grau de transparência dos algoritmos, níveis de compartilhamento de dados entre empresas, modelos comerciais integradores de mercados distintos e novas estratégias passam a influenciar a avaliação do nível de concorrência de mercados digitais. Nesse contexto, surge também a discussão da necessidade da elaboração de regras alternativas às da análise antitruste tradicional, focada nos potenciais efeitos de uma operação ou conduta sobre os preços.⁴⁰

Alguns autores indicam que os princípios da análise antitruste de discriminação de preços em mercados digitais devem permanecer os mesmos dos

38 Por exemplo, as empresas têm diferentes volumes de demanda (serviços de *streaming* de vídeo, como da Netflix, usam capacidade significativa), e alguns são mais dependentes de conexões rápidas e confiáveis do que outros.

39 Nos últimos anos, tanto a União Europeia como os Estados Unidos decidiram adotar regulamentos para formalizar esse princípio. Isso parece refletir a visão de que a neutralidade da rede tem sido fundamental para ajudar os provedores de conteúdo inovadores a alcançar rapidamente um público de massa e, portanto, a impulsionar o sucesso de muitas das inovações disruptivas da economia digital.

40 Os critérios para a análise tradicional giram fundamentalmente em torno de preço, quantidade e qualidade do produto, passando pelas seguintes etapas: (i) definição de mercado relevante; (ii) análise das participações de mercado; (iii) análise da probabilidade de exercício de poder de mercado; (iv) análise das eficiências; e (v) análise do efeito líquido. Cada etapa desse roteiro da teoria antitruste convencional tem seus próprios fatores a serem considerados, a saber: rivalidade, barreiras de entrada, potencial de poder coordenado, poder de portfólio, grau de substituição do produto, etc.

mercados tradicionais.⁴¹ Segundo os que defendem tal visão, nesses mercados em rápida evolução, é particularmente importante considerar se o mercado resolverá “sozinho” as preocupações concorrenciais, pois os consumidores aprendem rapidamente um comportamento *on-line* mais sofisticado, e as baixas barreiras à entrada poderiam permitir que novos entrantes desestabilizem estratégias de preços anticompetitivas. No entanto, uma “ajuda” da intervenção antitruste poderia ser necessária para que os mercados resolvessem os problemas “sozinhos”.⁴²

Outros autores indicam que, em mercados competitivos, os consumidores devem compartilhar informações livremente e as autoridades antitruste não devem atuar diretamente sobre a proteção da privacidade dos consumidores, devendo se preocupar mais com a exclusividade sobre o uso dos dados.⁴³⁻⁴⁴ Quando a discriminação de preços beneficia os consumidores, seria melhor para eles se todos os concorrentes tivessem acesso à informação sobre sua disposição de pagar, em vez de uma empresa ter esse acesso exclusivo. Por outro lado, quando a discriminação de preços é praticada por um monopolista e não gera expansão da produção, os consumidores fariam melhor em não fornecer informações que pudessem ser usadas para entender o quanto estão dispostos a pagar. Essa diferenciação é difícil, pois os mesmos dados podem ser relevantes para múltiplos

⁴¹ Por exemplo, como indica o artigo: EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *Big data and differential pricing*. 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

⁴² Por exemplo, regulamentos que exijam que os vendedores identifiquem se um preço é personalizado ou não, ou que deem ao consumidor os direitos de propriedade sobre seu histórico de compras e comportamento *on-line*, permitindo que ele venda essas informações a terceiros e, assim, recupere o valor dessas informações ou as retenha.

⁴³ Por exemplo, como indica o artigo: OECD. *Price discrimination – background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020.

⁴⁴ Por exemplo, com condições restritivas na revenda de dados e análise de operações que levem ao acesso exclusivo a dados.

mercados e é provável que a discriminação seja benéfica em alguns, mas prejudicial em outros.⁴⁵

Independentemente do posicionamento adotado, observa-se que a literatura recente tem abordado principalmente dois temas da economia digital que potencialmente afetariam a análise antitruste de condutas de discriminação de preços: (i) o uso de dados como parâmetro para avaliar o poder de mercado; e (ii) a precificação por algoritmos.

A coleta e o processamento de dados são vistos como ativos estratégicos e valiosos para os participantes da economia digital. O acesso a *insights* de dados exclusivos pode, em alguns casos, resultar em barreiras à entrada de possíveis novos concorrentes, além de levar a concentração de mercado ou mesmo dominância de mercado devido a economias de escala ou escopo e efeitos de rede. Para os autores Stucke e Grunes, a intensa coleta de dados por empresas com poder de mercado também teria efeitos prejudiciais à concorrência, dado que empresas menores ou entrantes não possuem a informação necessária para competir com as incumbentes. Nessa linha, Stucke e Grunes advogam pela necessidade de maior atuação da autoridade antitruste em mercados que usam *big data*, visto que informação em excesso inibiria a competição.⁴⁶

⁴⁵ Curiosamente, alguns países que decidiram não adotar regras para combater a discriminação de preços (por exemplo, a Austrália) propuseram assegurar a legalidade dos serviços de anonimato e até encorajar sua aceitação, a fim de frustrar os esquemas internacionais de discriminação de preços. Consideram que essa abordagem proporciona uma alternativa de mercado à aplicação de regras de discriminação de preços. No entanto, a abordagem sugere uma diferença de opinião sobre como lidar com a discriminação de preços, em vez de uma posição diferente sobre se a discriminação de preços é, de fato, um problema ou não. Por exemplo, nos casos em que a discriminação de preços é boa para o bem-estar do consumidor, as políticas que a tornam impraticável não seriam menos prejudiciais do que aquelas que simplesmente a proíbem por meio de ações de fiscalização.

⁴⁶ Essa visão mais preocupada com os impactos do *big data* também é compartilhada por Frank Pasquale. De acordo com o autor, há três mitos dos mercados *on-line* que devem ser desconstruídos: os usuários não alternam facilmente entre plataformas; os usuários não

Por outro lado, há autores que não enxergam no maior acesso aos dados barreiras à entrada. David Evans afirma que empresas monopolistas em plataformas digitais não podem se acomodar, pois seriam constantemente ameaçadas por empresas que ofereçam serviços inovadores e disruptivos, o que poderia ser demonstrado pela ascensão e queda de empresas nos últimos 25 anos.⁴⁷ Segundo o autor, os dados são, em verdade, “bens públicos⁴⁸ não rivais”, de forma que os mesmos dados poderiam ser obtidos e processados por diferentes plataformas digitais.

Com o surgimento do comércio eletrônico, algoritmos de precificação se tornaram mais sofisticados e amplamente utilizados entre as indústrias. Isso ocorre porque o aumento do comércio eletrônico tornou menos dispendioso coletar informações sobre o comportamento de compra dos consumidores e facilitou o monitoramento e o rastreamento dos preços dos concorrentes. A capacidade de precificar por meio de algoritmos e discriminar compradores com base em variáveis predeterminadas pode ter importantes consequências na aplicação geral de ferramentas de análise antitruste em mercados em que os algoritmos de precificação são usados para estabelecer preços individualizados.⁴⁹ A análise antitruste tradicional depende, em grande parte, da verificação da existência de incentivos e da capacidade, por um

são zelosos o suficiente – e não estão dispostos – a procurar plataformas mais baratas; e, por fim, plataformas digitais não contribuem para o aperfeiçoamento dos mercados.

⁴⁷ Por exemplo, o desaparecimento do Orkut e o surgimento do Facebook e do Instagram (EVANS, David S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3009438>. Acesso em: 11 maio 2020).

⁴⁸ Na acepção econômica dos termos, “bem público” é aquele não excludente, disponível gratuitamente para todos que queiram usá-lo. Ao contrário dos bens comuns, os bens públicos não são rivais, pois o uso do bem por uma pessoa não reduz a utilidade que aquele bem representa para outro usuário (MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 237).

⁴⁹ EUROPEAN PARLIAMENT. *Challenges for competition policy in digitalised economy*. 2015. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

fornecedor, de elevar os preços acima de um nível competitivo. Normalmente, essa análise requer uma comparação entre o preço de mercado praticado e o preço de mercado competitivo hipotético (ou pré-conduta). Não está claro como essas ferramentas-padrão serão aplicáveis quando os preços individualizados decorrem de precificação algorítmica. Esses mecanismos são capazes de alterar os preços com base na oferta e na demanda em tal velocidade e com tantas interações que uma comparação de preços-padrão seria um exercício bastante difícil.

8.4.4 | PRECEDENTES DO CADE SOBRE DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS EM MERCADOS DIGITAIS

O Cade já tem considerado as particularidades dos mercados digitais, desenvolvendo adaptações conceituais e analíticas na tomada de decisões.⁵⁰ Ao analisar um caso recente no âmbito do controle de estruturas envolvendo plataformas *on-line* de entregas de comida, a Superintendência-Geral (SG) do Cade indicou que

as etapas tradicionais de análise antitruste, neste caso, não são necessariamente aplicáveis [...]. Por se tratar de mercado novo e em rápida transformação, é especialmente desafiante traçar diagnósticos sobre a dinâmica competitiva, identificar tendências de mercado, avaliar condições de rivalidade ou mesmo de comportamento dos consumidores.⁵¹

⁵⁰ O Cade está analisando o impacto de aquisições/fusões não apenas nos preços (concorrência estática), mas também na inovação (concorrência dinâmica). Exemplos de casos são: Monsanto/John Deere, Bayer/Monsanto, Itaú/XP, Naspers/Delivery Hero. Ademais, o Cade analisou recentemente inúmeros casos envolvendo mercados de dois lados (Simba, *bureau* de crédito, Itaú/Mastercard, Netpoints/Dotz, entre outros). Com relação ao segmento de tecnologia, o Cade também analisou recentemente o ato de concentração envolvendo Spray Filmes/Network Participações; a análise seguiu a mesma definição de mercado e metodologia adotados no caso Google/Vevo.

⁵¹ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Aprovação sem restrições em 08/03/2018.

Até a data deste capítulo, não houve julgamento específico sobre caso de discriminação de preços em mercados digitais. Já existem, no entanto, decisões do Cade envolvendo condutas unilaterais em mercados digitais, que podem servir de indicativo sobre em que medida o Cade tem se atido à análise tradicional para avaliar condutas puníveis por efeitos. O Google, por exemplo, foi alvo de uma série de investigações relacionadas ao mercado de busca que analisam se a forma como a empresa faz uso de suas próprias ferramentas configura infração à ordem econômica.⁵² Na decisão de arquivamento de três investigações em tal mercado, o Cade seguiu a análise tradicional de condutas puníveis por efeitos, mas deixou claro em diversas ocasiões que o mercado em investigação faz parte da economia digital e que, portanto, a definição do mercado relevante, a avaliação dos *market shares* dos *players* do mercado e a análise da dinâmica do mercado em geral poderiam mudar nos próximos anos, de forma que a autoridade antitruste não estaria vinculada às conclusões a que chegou sobre o mercado em eventuais investigações e decisões futuras. Nesses casos, mais do que o fornecimento de dados do mercado a partir da definição do mercado relevante, foi essencial avaliar as respostas de ofícios a clientes, fornecedores e concorrentes do Google sobre a dinâmica do mercado em si. Os precedentes do Google também sinalizam que o Cade tem respeitado seu *standard* probatório e não reputará como ilícita a conduta praticada por agente detentor de posição dominante sem antes levar a cabo a análise pautada na comprovação da potencialidade lesiva da conduta e na ausência de justificativa para tanto.

⁵² As seguintes investigações foram instauradas e arquivadas em face do Google Inc.: (i) Processo Administrativo n. 08700.009082/2013-03. Representante: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.; (ii) Processo Administrativo n. 08700.005694/2013-19. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Nota Técnica de 11 de maio de 2018; (iii) Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. Representante: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.; e (iv) Processo Administrativo n. 08700.003211/2016-94. Representante: Yelp Inc. Representada: Google Brasil Internet Ltda.

Outros precedentes envolvendo condutas unilaterais no setor bancário, especialmente no mercado de plataformas de meios de pagamento, sinalizam a preocupação da autoridade com agentes dominantes em mercados com elevado grau de verticalização.⁵³ Na maior parte dos casos já concluídos, houve celebração de Termos de Compromisso de Cessação de Conduta dos investigados com o Cade antes mesmo da conversão dos inquéritos administrativos em processos administrativos.⁵⁴

53 Procedimento Preparatório n. 08700.002066/2019-77. Representado: Itaú Unibanco S.A. Inquérito Administrativo n. 08700.000022/2019-11. Não há, no momento, representados definidos (até o momento, a investigação visa avaliar a verticalização no setor bancário de forma geral). Inquérito Administrativo n. 08700.003599/2018-95. Representados: Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Itaú Unibanco S.A., Banco Santander S.A., Banco Inter S.A. e Banco Sicredi. Representante: Associação Brasileira de Criptomoedas e Blockchain (ABCB). Inquérito Administrativo n. 08700.005986/2018-66. Representados: Visa, Mastercard, Elo, Amex. Processo Administrativo n. 08700.004201/2018-38. Representado: Banco Bradesco S.A. Representante: Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac). Processo Administrativo n. 08700.003187/2017-74. Representados: Itaú Unibanco S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Santander Brasil S.A., Banco do Brasil S.A., Caixa Econômica Federal. Representante: Nu Pagamentos S.A. Inquérito Administrativo n. 08700.001800/2017-19. Representado: Braspag Tecnologia em Pagamento Ltda. Inquérito Administrativo n. 08700.001860/2016-51. Representantes: Banco do Brasil S.A., Itaú Unibanco S.A. e Banco Bradesco S.A. Inquérito Administrativo n. 08700.001861/2016-03. Representados: Cielo S.A. e Redecard S.A. Inquérito Administrativo n. 08700.000018/2015-11. Representados: Elo Serviços S.A., Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (Alelo), American Express Limited, HiperCard Administradora de Cartões de Crédito e Ticket Serviços S.A., Banco do Brasil S.A., Itaú Unibanco S.A. e Banco Bradesco S.A.

54 Em 16 de março de 2016, a SG decidiu instaurar três diferentes investigações (Inquéritos Administrativos n. 08700.001860/2016-51, 08700.001861/2016-03 e 08700.000018/2015-11): (i) a primeira, sobre a exclusividade desses arranjos com as credenciadoras Rede e Cielo; (ii) a segunda sobre a inserção das chaves de criptografia nos equipamentos Pinpad; e (iii) a terceira sobre a recusa de certos bancos em ler a agenda de recebíveis de credenciadoras concorrentes de suas controladas (Cielo e Rede). Todas essas investigações foram suspensas após a celebração de oito Termos de Compromisso de Cessação de Conduta com o Cade entre os anos de 2017 e 2018.

A conduta de discriminação de preços em mercados digitais provavelmente será objeto de análise pelo Cade nos próximos anos. Um caso ainda não julgado envolve a denúncia da empresa de tecnologia de produtos financeiros Nubank,⁵⁵ que alega que os bancos Itaú Unibanco S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Santander Brasil S.A., Banco do Brasil S.A. e Caixa Econômica Federal possuem poder de mercado na prestação de serviços bancários e usam esse poder para impor barreiras à entrada e à expansão da Nubank no mercado verticalizado de cartões de crédito. Entre as condutas, a Nubank cita a prática de preços discriminatórios.⁵⁶

A investigação em andamento contra a Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda. (Sem Parar) e a ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica (ConectCar) também envolve a conduta de discriminação no mercado de identificação eletrônica de veículos em estacionamentos.⁵⁷ O Inquérito Administrativo teve como origem uma representação da Veloe contra a Sem Parar e a ConectCar, que estariam adotando conduta anticompetitiva e contraditória em relação ao que apresentaram ao Cade na Consulta n. 08700.007192/2015-94 (“Consulta”), em 2015. Na ocasião, Sem Parar e ConectCar submeteram ao Cade a aprovação de contratos recíprocos de prestação de serviço de identificação eletrônica de veículos em estacionamentos. O Cade aprovou os contratos, tendo indicado dentre suas condições de legalidade os seguintes requisitos: (i) compartilhamento para redução de custos; (ii) abertura para todos os interessados;

⁵⁵ Processo Administrativo n. 08700.003187/2017-74, instaurado como Inquérito em 21/03/2018. Representante: Nu Pagamentos S.A. Representadas: Itaú Unibanco S.A.; Banco Bradesco S.A.; Banco Santander Brasil S.A.; Banco do Brasil S.A.; Caixa Econômica Federal.

⁵⁶ Além de recusa de contratar ou da imposição de dificuldades para acesso a serviços essenciais (por exemplo, a utilização da função “débito automático” e a identificação de remetente de recursos).

⁵⁷ Inquérito Administrativo n. 08700.006268/2018-15. Representante: Companhia Brasileira de Soluções e Serviços (CBSS ou Veloe). Representada: Centro de Gestão de Meios de Pagamentos Ltda. (CGMP ou Sem Parar) e ConectCar Soluções de Mobilidade Eletrônica (ConectCar).

e (iii) acesso de terceiros em iguais condições.⁵⁸ Segundo a Veloe, a Sem Parar desrespeitou o requisito (iii) ao exigir preços totalmente discrepantes e desfavoráveis para a prestação do serviço de compartilhamento de suas antenas com a Veloe, depois abandonando as negociações sem apresentar justificativa.⁵⁹

Por fim, outra conduta envolvendo discriminação de preços em mercados digitais que ainda não foi analisada pelo Cade, mas foi encaminhada à autoridade para que verifique se é o caso de abertura de investigação de sua competência, envolve a empresa Decolar.com. A conduta imputada à empresa consiste na prática de *geopricing*. O Ministério Público instaurou inquérito contra a empresa em setembro de 2016, a partir de uma representação da empresa Booking.com, segundo a qual a Decolar.com estaria favorecendo consumidores estrangeiros em detrimento dos brasileiros no mercado de hospedagem nas principais cidades turísticas, entre elas o Rio de Janeiro. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) multou a Decolar.com em R\$ 7,5 milhões pela prática de discriminação de preços. A decisão do DPDC e o encaminhamento do caso para o Cade confirmam a proximidade existente entre direito do consumidor e direito da concorrência na análise de condutas nos mercados digitais.

CONCLUSÃO

Os impactos da discriminação de preços entre os consumidores finais no contexto da economia digital tornam ainda mais estreita e relevante a relação entre direito de defesa do consumidor, direito da privacidade e direito

⁵⁸ Um importante pressuposto indicado pelo Cade para análise da licitude concorrencial do contrato diz respeito à inexistência de relação de exclusividade entre Sem Parar e Conect-Car – operadoras de identificação – e os proprietários de estacionamentos.

⁵⁹ Além disso, alega que a Sem Parar aparenta ter celebrado contrato com uma “cláusula de amplo escopo” (de exclusividade e preferência) com a Estapar, a maior agente do mercado de estacionamentos do país, proibindo negociações com a Veloe em seus estabelecimentos.

da concorrência. Um dos principais motivos para a aproximação desses subsistemas jurídicos é que o acesso e o processamento dos dados pessoais dos consumidores são determinantes para facilitar e tornar menos custosa a prática da discriminação personalizada de preços, que pode ter efeitos negativos ou positivos para o consumidor e para a concorrência. São somente os efeitos na concorrência, no entanto, o objeto de atuação das autoridades antitruste.

Em relação à necessidade de atualizar os mecanismos de análise antitruste de condutas de discriminação de preços em mercados digitais, existem diversos pontos de vista na literatura sobre o tema defendendo um maior ou menor grau de intervenção das autoridades, a depender do nível de competitividade dos mercados, dos efeitos da discriminação de preços na expansão de oferta, na existência de exclusividade na detenção ou uso de dados, dentre outros fatores. Apesar de existir discussão acerca do uso de dados como barreira à entrada, é praticamente unânime a interpretação de que esses dados, junto com a precificação por algoritmos, devem impactar a análise de poder de mercado – um dos requisitos da discriminação de preços.

Até o momento, não existem casos julgados pelo Cade de condutas de discriminação de preços em mercados digitais, especificamente. De qualquer modo, as recentes investigações relacionadas a condutas unilaterais envolvendo esses mercados indicam que a autoridade tem respeitado seu *standard* probatório e não reputará como ilícita a conduta praticada por agente detentor de posição dominante sem antes levar a cabo a análise pautada na comprovação da potencialidade lesiva da conduta e na ausência de justificativa para tanto.

REFERÊNCIAS

ACCENTURE. Novas expectativas forçarão mudança na relação entre bancos e clientes. *Estadão*, 27 maio 2017. Disponível em: <http://patrocinados.estadao.com.br/techvisionbrasil/especiais-destaque/novas-expectativas/>. Acesso em: 11 maio 2020.

ARMSTRONG, Mark. *Price discrimination*. Department of Economics, University College London. 2006. Disponível em: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/4693/1/MPRA_paper_4693.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

CARVALHO, Jiane. Supermercado troca pontos por dados sobre consumo. *Valor Econômico*, 27 jul. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5691427/supermercado-troca-pontos-por-dados-sobre-consumo>. Acesso em: 11 maio 2020

COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. Vinhos novos em garrafas velhas. *Jota*, 2 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-03072018>. Acesso em: 11 maio 2020.

DRAGO, Bruno De Luca. O Cade e a repressão às condutas unilaterais. In: ANDERS, Eduardo Caminati *et al.* (coord.). *5 anos da Lei de Defesa da Concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro*. São Paulo: Ibrac, 2017.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: e-commerce sector inquiry finds geo-blocking is widespread throughout EU. 18 mar. 2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_en.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Challenges for competition policy in digitalised economy*. 2015. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

EVANS, David S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3009438>. Acesso em: 11 maio 2020.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *Big data and differential pricing*. 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

GERADIN, Damien; PETIT, Nicolas. Price discrimination under EC competition law: the need for a case-by-case approach. *Global Competition Law Centre*, 2005.

HANNAK, Aniko *et al.* Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites. *IMC '14: Proceedings of the 2014 Conference on Internet Measurement Conference*, 2014. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2015/09/00011-97593.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

- LI, Sheng; XIE, Claire (Chunying). Rise of the machines: emerging antitrust issues relating to algorithm bias and automation. *The Civil Practice & Procedure Committee's Young Lawyers Advisory Panel: Perspectives in Antitrust*, v. 5, n. 3, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2952577. Acesso em: 11 maio 2020.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- MCAFEE, R. Preston. Price discrimination. *Issues in Competition Law and Policy*, v. 1, 2008.
- MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; MIALON, Sue H. Does large price discrimination imply great market power? *Emory Law and Economics Research Paper*, n. 05-19, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=784804. Acesso em: 11 maio 2020.
- MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU merger control: key features and implications. *Competition Policy International (CPI)*, 19 fev. 2018.
- OECD. *Algorithms and collusion – background note by the Secretariat*. 2017. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020.
- OECD. *Executive summary of the Roundtable on Price Discrimination*. 2016. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN5&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2016)2/ANN5&docLanguage=En). Acesso em: 11 maio 2020.
- OECD. *Merger review in emerging high innovation markets*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2492253.pdf>. Acesso em: 11 maio 2020.
- OECD. *Price discrimination – background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf). Acesso em: 11 maio 2020.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; GERADIN, Damien. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do direito concorrencial no Brasil e na União Europeia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

SHILLER, Benjamin Reed. First degree price discrimination using big data. *Working Papers Series*, Brandeis University, n. 58, 2013. Disponível em: https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP58.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

VIVO Dados Patrocinados: ganhe até 1GB de internet por assistir comerciais. *Minha Operadora*, 14 jun. 2016. Disponível em: <https://www.minhaoperadora.com.br/2016/06/vivo-dados-patrocinados-ganhe-ate-1gb.html>. Acesso em: 11 maio 2020.

WILSON, Christo. If you use a Mac or an Android, e-commerce sites may be charging you more. *The Washington Post*, 3 nov. 2014. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2014/11/03/if-you-use-a-mac-or-an-android-e-commerce-sites-may-be-charging-you-more/>. Acesso em: 11 maio 2020.

9. FUSÕES NA ERA DIGITAL

Carolina Destailleur G. B. Bueno
Raíssa Leite de Freitas Paixão

INTRODUÇÃO

Com a interação crescente entre mercado e tecnologia, operações de natureza essencialmente digital vêm ganhando espaço. Dentre os inúmeros desafios trazidos por esse movimento, torna-se necessário pensar criticamente sobre como as autoridades antitruste, no exercício de sua função de controle de estruturas, devem lidar com operações em mercados cada vez mais digitalizados. Este capítulo pretende mapear as principais discussões sobre o papel da política antitruste e das autoridades concorrenciais ao redor do mundo na análise de fusões na era digital.

Uma primeira questão a ser considerada no debate sobre fusões na era digital é se essas operações de fato estão e deveriam estar sujeitas à análise concorrencial. No modelo atual, considerando o potencial disruptivo de empresas digitais, é possível que aquisições de empresas com grande potencial competitivo, por exemplo, não sejam de notificação obrigatória. Isso porque, em muitos casos, no momento da aquisição essas empresas ainda apresentam receita reduzida, não preenchendo os critérios de faturamento utilizados em diversas jurisdições.¹ Nesse sentido, discute-se a necessidade de critérios adicionais – como o valor da operação – capazes de fazer com que operações entre *players* digitais

¹ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015. *Apud*: CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, p. 26-27, 2018.

com algum potencial anticompetitivo passem a estar sujeitas à análise e à aprovação concorrencial.²

Caso a resposta seja positiva, ou seja, caso a conclusão seja de que operações digitais merecem estar sujeitas à análise antitruste, torna-se necessário refletir sobre as ferramentas utilizadas para análise de potenciais efeitos anticompetitivos em mercados com tantas especificidades e tamanho potencial de disrupção e inovação.

Na análise de atos de concentração econômica em mercados tradicionais, as autoridades antitruste (no Brasil e no mundo) costumam seguir etapas e critérios bem definidos e verificáveis empiricamente. Ademais, em razão do aprendizado ao longo dos anos, o antitruste tradicional conta com uma variedade de instrumentos sólidos³ e capazes de organizar, considerar e medir todos (ou quase todos) os fatores relevantes sob a perspectiva concorrencial para a análise de uma determinada operação.

Como já descrito ao longo desta obra, mercados digitais, todavia, diferem dos mercados tradicionais em aspectos relevantes. Primeiro, por contarem com um movimento constante de transformação, inovação e disrupção, mercados digitais são por natureza mercados dinâmicos. Além disso, mercados digitais podem ser, ao mesmo tempo, mercados com mais de um lado, nos quais se torna necessária uma análise mais complexa das diversas perspectivas envolvidas e potencialmente afetadas por uma eventual operação.

Em muitos casos, ainda, mercados digitais são mercados de preço zero, nos quais os agentes ofertam produtos a preço zero em troca de outros

² KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015. Apud: CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, p. 26-27, 2018.

³ MCSWEENEY, Terrell; O'DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term price effects in merger analysis. 2018. p. 2. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

ativos, como atenção e dados dos consumidores.⁴ O papel dos dados como ativo traz especificidades, além de novas preocupações para a análise desses mercados, tanto do ponto de vista concorrencial quanto sob a perspectiva regulatória e de privacidade.

Finalmente, mercados digitais também costumam ter sua dinâmica afetada por efeitos de rede,⁵ ou seja, o tamanho da rede de usuários pode ser o gatilho para um ciclo virtuoso no qual serão atraídos ainda mais usuários em um movimento de *feedback* positivo. Como consequência, em muitos casos, estes acabarão sendo mercados de um *player* dominante (*winner takes all*),⁶ nos quais a competição ocorrerá muito mais pelo mercado do que especificamente no mercado.⁷

Diante de tais especificidades, parece inevitável que sejam encontrados alguns obstáculos, em eventual tentativa de aplicação dos instrumentos tradicionais para análise de fusões digitais. Não obstante, ainda que se conclua

4 NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 149, 2015, p. 166.

5 “Fifth, digital markets can be prone to so-called ‘winner-takes-all’ effects, also known as ‘snowball effects’. Once a firm has reached a ‘tipping’ point and has built a large network of users, a virtuous circle of positive feedback ensures that a winner becomes even more a winner as it continues to attract more and more customers. It then becomes very difficult for existing and potential rivals to contend the position of the market leader, which is effectively entrenched due to the network effects that provide disincentives for customers on all sides of the incumbent platform to switch to rival platforms. As a result, digital markets can be dominated by one firm with a very strong – sometimes almost monopolistic – market position” (KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 349. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018).

6 KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 349. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

7 KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 349. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

que os instrumentos tradicionais não seriam suficientes para análise de mercados digitais, também parece importante avaliar até que ponto suas diferenças e peculiaridades são estruturais a ponto de justificar a necessidade de um novo ferramental antitruste.

Por fim, merece atenção a discussão sobre a extensão de uma eventual intervenção por parte da autoridade antitruste na análise de fusões digitais. Sobre esse ponto, faz-se necessário ponderar os custos de uma intervenção exagerada *vis-à-vis* os custos da não intervenção.

De um lado, parece evidente que qualquer intervenção em mercados extremamente dinâmicos e em constante transformação deve contar com a devida cautela, de modo a evitar que movimentos de inovação pró-competitivos sejam inibidos.⁸ Ao mesmo tempo, diversos autores importantes⁹ vêm defendendo que, justamente em razão das características inerentes a mercados digitais, uma intervenção efetiva seria essencial para evitar uma eventual redução de concorrência (ainda que em potencial).

Diante desses desafios, este capítulo tem como objetivo mapear os argumentos em cada uma das principais discussões recentes sobre fusões na era digital: (i) a suficiência dos critérios de faturamento para definição sobre a obrigatoriedade de operações digitais às autoridades antitruste; (ii) a aplicabilidade do instrumental tradicional para análise de fusões aos mercados digitais; e (iii) a necessidade de maior ou menor intervenção na análise de operações envolvendo empresas digitais.

9.1 | **MERCADOS DIGITAIS DEMANDAM NOVOS CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO?**

A primeira questão na discussão sobre a aplicabilidade das premissas

⁸ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 349. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁹ A título de exemplo, citam-se Fiona M. Scott Morton, professora de economia da Universidade de Yale, e Luigi Zingales, professor da Universidade de Chicago.

tradicionais a atos de concentração em mercados digitais diz respeito à suficiência dos critérios de faturamento para determinar as operações que serão de notificação obrigatória ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), definidos pelo art. 88 da Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência).¹⁰

Críticas recentes trazem a debate o argumento de que critérios de faturamento seriam insuficientes diante das características específicas dos mercados digitais.¹¹ Nesse sentido, é possível que empresas de tecnologia sejam adquiridas em um estágio inicial, no qual, a despeito de seu considerável potencial disruptivo de ganho de mercado, ainda apresentam faturamento reduzido. A título de exemplo, podem ser mencionadas operações como Facebook/WhatsApp e Apple/Shazam, que originalmente não eram de notificação obrigatória à Comissão Europeia, e as operações Facebook/Instagram e Google/Waze, que, apesar de não preencherem os critérios de faturamento da *Competition & Markets Authority*, foram analisadas pela autoridade concorrencial do Reino Unido com fundamen-

¹⁰ Conforme o art. 88 da Lei n. 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial n. 994/2012, são operações de notificação obrigatória ao Cade fusões, aquisições, incorporações, contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* com efeitos no Brasil, quando, cumulativamente: “i. Pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00;” e “ii. Pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00”. O § 3º do mesmo artigo prevê que esse tipo de operação não poderá ser consumado antes de apreciação do Cade, sob pena de nulidade e/ou imposição de multa.

¹¹ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015. *Apud*: CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, p. 26-27, 2018.

to no *share of supply test*.¹²

Considerar apenas o faturamento das empresas envolvidas em uma determinada operação significaria ignorar o fato de que muitos dos mercados digitais são mercados de preço zero, nos quais muitas vezes os maiores ativos são dados, que, agregados e processados, são capazes de conferir maior valor a uma determinada empresa.

Por consequência, torna-se possível (e, por vezes, provável) que empresas líderes de mercado tentem adquirir potenciais concorrentes em um estágio inicial de desenvolvimento, justamente para evitar sua evolução e eventual ameaça no futuro.¹³ Nesse cenário, a inclusão de novos critérios para tornar obrigatória a submissão prévia desse tipo de aquisição às autoridades antitruste poderia mitigar o risco de que uma operação dessa natureza fosse negligenciada, preservando as condições de competição do mercado.

Uma alternativa sendo considerada em outras jurisdições, onde os critérios de notificação também são baseados no faturamento das partes, é a de que a contraprestação paga, ou seja, o valor da operação, seja considerada como critério adicional. Isso porque, na economia digital, o preço de compra tende a refletir de forma mais clara o racional econômico de uma dada fusão, se comparado ao faturamento prévio da empresa-alvo.¹⁴ Alemanha e Áustria recentemente lançaram guias sobre o uso desse critério baseado no

¹² CLEARY GOTTLIEB. *Unlocking digital competition: UK expert panel publishes report on competition in digital markets*. 11 abr. 2019. p. 3. Disponível em: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2019/unlocking-digital-competition.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹³ MONOPOLKOMMISSION. Competition policy: the challenge of digital markets. *Special Report*, n. 68, 2015, p. 106. Disponível em: http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

¹⁴ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, p. 357-358, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

valor da operação.¹⁵ Sobre esse ponto, merece atenção ainda a hipótese de que a discussão sobre a adequabilidade dos critérios de faturamento seria um problema propriamente de mercados digitais e de inovação, onde o faturamento pode demorar a ocorrer.¹⁶

Também podem ser vistas como alternativas para mitigar os riscos supracitados previsões como a do § 7º do art. 88 da Lei n. 12.529/2011, que resguardou à autoridade antitruste brasileira a possibilidade de requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrem nos critérios de notificação obrigatória (i.e., faturamento), no prazo de um ano a contar da data de sua consumação.¹⁷ O Cade recentemente utilizou essa prerrogativa para analisar operação no setor farmacêutico pela SM Empreendimentos que teria realizado diversas aquisições de empresas nascentes.¹⁸

Em síntese, percebe-se que operações digitais relevantes podem fugir aos critérios de notificação, tornando necessária a reflexão sobre uma

15 Germany/Austria: merger notification rules updated for digital economy transactions. *Competition Policy International (CPI)*, 10 jul. 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/eu-new-merger-control-thresholds-in-germany-and-austria/>. Acesso em: 12 maio 2020.

16 A discussão sobre a adequabilidade dos critérios de faturamento também tem sido considerada no âmbito de operações de empresas nascentes e inovadoras na indústria farmacêutica, por exemplo. Nesse sentido, ver: CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. *Killer acquisitions*. 2019. p. 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707. Acesso em: 20 jun. 2019.

17 “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.”

18 Ato de Concentração n. 08700.005972/2018-42. Requerentes: All Chemistry do Brasil e SM Empreendimentos Farmacêuticos. A operação foi aprovada com restrições em 20/05/2019. Em síntese, a empresa se comprometeu a não realizar transações no mercado pelo período de dois anos e a submeter quaisquer operações em mercados relacionados pelo período de quatro anos.

eventual mudança de política pública para reformular os critérios de notificação de uma operação ao Cade (ou a qualquer autoridade antitruste em questão). A opção por acrescentar um critério com base no valor da transação, nesse cenário, seria uma possibilidade capaz de garantir a análise prévia e obrigatória da autoridade antitruste de operações de alto valor ou apenas utilizar o recurso facultado pela Lei n. 12.529/2011 em casos avaliados como merecedores de maior atenção.

9.2 | **O INSTRUMENTAL TRADICIONAL DE ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO SE APLICA A MERCADOS DIGITAIS?**

Como adiantado, as especificidades de mercados digitais (e.g., dinamicidade, diversos lados, dados como ativo, possibilidade de *multihoming*, efeitos de rede, etc.) trazem alguns desafios à aplicação dos critérios e instrumentos usualmente utilizados para analisar operações em mercados tradicionais.

Com efeito, tais especificidades podem ser identificadas em diversos mercados envolvidos em fusões analisadas pela Comissão Europeia nos últimos anos. O quadro a seguir traz um breve mapeamento de alguns desses casos analisados pela Comissão Europeia e ilustra a presença das referidas especificidades em cada um deles. A presença da letra “Y” de “Yes” significa que a característica foi verificada no caso em questão.

QUADRO 1
CASOS DECIDIDOS PELA COMISSÃO EUROPEIA ENVOLVENDO MERCADOS DIGITAIS/
CARACTERÍSTICAS IDENTIFICADAS

Casos	Dinamicidade (<i>fast-moving nature</i>)	Dois ou diversos lados (<i>two-or multi-sidedness</i>)	Preço zero (<i>non-monetary price nature</i>)	Multihoming	Efeitos de rede (<i>network effects</i>)	Acúmulo de dados/ Dados como um ativo (<i>data accumulation</i>)
M.4523 – Travelport/ Worldspan		Y		Y	Y	
M.4731 – Google/ DoubleClick	Y	Y		Y	Y	Y
M.5008 – Vivendi/ Activision	Y	Y	Y			
M.5727 – Microsoft/ Yahoo! Search Business	Y	Y	Y	Y		Y
M.6281 – Microsoft/ Skype	Y		Y	Y	Y	
M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV	Y	Y				Y

(continua)

Casos	Dinamicidade (fast-moving nature)	Dois ou diversos lados (two-or multi-sidedness)	Preço zero (non-monetary price nature)	Multihoming	Efeitos de rede (network effects)	Acúmulo de dados/ Dados como um ativo (data accumulation)
M.6967 – BNP Paribas Fortis/ Belgacom/Belgian Mobile Wallet	Y	Y	Y			
M.7023 – Publicis/Omnicom		Y				Y
M.7047 – Microsoft/Nokia			Y			
M.7217 – Facebook/WhatsApp		Y				Y
M.7866 – Activision Blizzard/King			Y			
M.8124 – Microsoft/LinkedIn	Y	Y	Y	Y	Y	Y
M.8180 – Verizon/Yahoo!			Y			Y
M.8251 – Bite/Tele2/Telia Lietuva/JV	Y	Y				Y

Fonte: Ocello e Sjödin (2018, p. 2-3).

Com relação à experiência brasileira, cita-se o Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76 (Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG),¹⁹ recentemente analisado pelo Cade, envolvendo o mercado de pedidos *on-line* de comida. Nele, além da análise de um mercado de dois lados, também foram abordadas características como a dinamicidade de mercados digitais.

Diante das especificidades de mercados digitais destacadas *supra*, este capítulo se propõe a analisar alguns dos obstáculos enfrentados na análise de fusões digitais em cada uma das etapas propostas pelo *Guia para análise de atos de concentração horizontal*, lançado pelo Cade em 2016 (“Guia”): (i) definição de mercado relevante; (ii) possibilidade de exercício de poder de mercado; (iii) probabilidade de exercício de poder de mercado; e (iv) avaliação dos efeitos líquidos.²⁰ Também será abordada a possibilidade de que os *players* envolvidos em fusões na era digital se enquadrem no conceito de *maverick*²¹ trazido pelo Guia.

9.2.1 | DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE

Para analisar os efeitos de um determinado ato de concentração, é necessário primeiro definir o mercado relevante afetado pela operação. Na análise de operações essencialmente digitais, contudo, definir o mercado relevante

¹⁹ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018.

²⁰ CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

²¹ De acordo com o Guia, “empresas *mavericks* são aquelas que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo, isto é, possuem um maior incentivo a desviar que a maioria dos rivais” (CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. p. 10. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018).

afetado pode ser um desafio não só para as partes, mas também para as autoridades antitruste.

Tradicionalmente, a definição de mercado relevante (sob ambas as dimensões – do produto e geográfica) passa por uma análise dos potenciais substitutos de um determinado produto ou serviço. A ferramenta utilizada para essa análise de substitutibilidade é o teste do monopolista hipotético (TMH), que delimita o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impor um “pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços” (*small but significant and non-transitory increase in price* [SSNIP]).²² Para isso, o TMH avalia a reação do consumidor a esse hipotético aumento de preços.²³

Em mercados digitais, todavia, a competição não costuma ocorrer pelo preço, mas por fatores como *performance* e inovação. De fato, mercados digitais são frequentemente mercados de preço zero. Em razão disso, avaliar a reação do consumidor a um hipotético aumento de preços por meio do TMH parece incompatível ou no mínimo insuficiente em face das características inerentes a mercados digitais. Ademais, em se tratando de mercados de produtos e serviços diferenciados, a própria identificação de substitutos parece mais complexa na análise de fusões digitais.

Nesse sentido, para garantir uma análise efetiva da extensão dos mercados envolvidos, seria necessário adaptar o TMH para que, além da reação do consumidor a alterações de preço, também fossem analisados comportamentos em relação a fatores como qualidade, *performance*, inovação

²² CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. p. 17. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

²³ CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. p. 17. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

e até mesmo privacidade (considerando a relevância dos dados nesses mercados).²⁴

Uma alternativa que vem sendo discutida, nesse sentido, é a aplicação de um teste semelhante que considere reações dos consumidores a um decréscimo de qualidade do serviço ofertado a preço zero (*small but significant and non transitory decrease in quality* [SSNDQ] test). Ou seja, na ausência de preço, o SSNDQ test procuraria identificar se os consumidores migrariam para serviços alternativos, no caso de um decréscimo em qualidade. Uma análise da reação do consumidor a outros elementos, como qualidade, entretanto, é mais complexa.²⁵ Um segundo desafio enfrentado na definição de mercados relevantes na análise de atos de concentração em mercados digitais diz respeito a sua tendência ao dinamismo e à disrupção. Mais especificamente, *players* digitais estão constantemente redefinindo os limites dos seus mercados de atuação ou efetivamente desenvolvendo novos mercados.²⁶ Assim, delimitar os contornos de um mercado relevante torna-se uma tarefa difícil para a autoridade antitruste.

Além disso, a dinamicidade desses mercados pode demandar que a autoridade tenha um olhar mais atento para além do mercado diretamente afetado pela operação. Isso porque, em mercados digitais, as relações entre diferentes mercados transcendem os conceitos tradicionais de sobreposição horizontal e integração vertical. Assim, é possível que uma determinada

²⁴ TEECE, David J.; COLEMAN, Mary. The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 3-4, p. 801-857, 1998. *Apud*: OECD. *Merger review in emerging high innovation markets*. 2002. p. 23. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2492253.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

²⁵ OECD. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013. p. 8-9. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²⁶ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, p. 23-24, 2018.

operação envolvendo mercados aparentemente distintos vise justamente (i) eliminar um *player* que, apesar de atuar em mercado distinto, represente um concorrente em potencial; ou (ii) adquirir uma empresa atuante em mercado relacionado, com o objetivo de consolidar posição dominante no seu mercado de atuação.

Ainda, conforme antecipado, mercados digitais frequentemente são também mercados de dois lados, que demandam especial atenção. Com relação à definição de mercados de dois lados, vem sendo discutida uma possível distinção entre mercados transacionais e não transacionais. Mercados de dois lados transacionais são plataformas capazes de intermediar transações observáveis entre os dois lados da demanda, podendo cobrar tarifas de uma ou de ambas as partes²⁷ (e.g., plataformas de transporte individual, plataformas de pedidos de comida, cartões de pagamento). Diante dessa característica, alguns autores defendem que, nesse caso, poderia ser definido um único mercado relevante incluindo ambos os lados, considerando a intensidade de efeitos de rede indiretos entre ambos os lados (i.e., quanto mais cresce o número de usuários em um lado do mercado, maiores são os benefícios experimentados pelos usuários no outro lado do mercado, e vice-versa).²⁸ Mercados de dois lados não transacionais, por sua vez, são caracterizados pela ausência de interação entre os dois lados da plataforma²⁹ (e.g., mercados de mídia e publicidade *on-line*) e por efeitos de rede indiretos mais intensos numa direção que em outra (e.g., no caso de jornais, o número de leitores tende a impactar diretamente os anunciantes, mas os anúncios não

²⁷ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 23.

²⁸ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 23.

²⁹ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 23.

tendem a afetar tanto o número de leitores). Na análise de mercados não transacionais, portanto, a tendência é considerar cada um dos lados como um mercado relevante distinto, ainda que os dois lados do mercado possam ser inter-relacionados.³⁰

Em ambos os casos, uma análise limitada a um dos lados do mercado, e que ignore a inter-relação existente entre ambos, poderia subestimar o poder de mercado de uma empresa. Em razão disso, ao definir o mercado relevante em casos envolvendo plataformas de dois lados, as autoridades devem olhar para os dois lados do mercado em questão (ainda que um deles não tenha o elemento preço e ainda que sejam definidos dois mercados relevantes distintos).³¹ A título de exemplo, cita-se a crítica de John Newman³² à posição das autoridades norte-americanas em relação ao movimento de concentração do setor de radiodifusão norte-americano no final do século XX. Limitando-se à análise de um potencial aumento nos preços cobrados por publicidade, foram ignorados os danos potencialmente causados ao consumidor final (especialmente relacionados aos custos de atenção, por meio, por exemplo, do aumento no tempo destinado à publicidade).³³ Da mesma forma, diversas plataformas atuais têm o elemento preço em apenas um de seus lados. Não obstante, o lado de preço zero também está sujeito a

³⁰ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 23.

³¹ FILISTRUCCHI, Lapo *et al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 10, n. 2, p. 293-339, 2014. *Apud*: CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 23.

³² NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 149, p. 190-193, 2015.

³³ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Why more antitrust immunity for the media is a bad idea. *Northwestern University Law Review Colloquy*, v. 105, n. 3, 2010, p. 1411. *Apud*: NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 149, 2015, p. 191.

potenciais danos (como redução em qualidade, velocidade, inovação, etc.), que também devem ser ponderados na análise antitruste.

Na prática, em um mapeamento de algumas das discussões de mercado relevante nas decisões da Comissão Europeia sobre operações em mercados digitais (sintetizadas no quadro a seguir), percebe-se uma tentativa de definir os mercados com base nas ferramentas tradicionais, que em diversos casos resultou na decisão de deixar as definições de mercado em aberto.

QUADRO 2

CASOS DECIDIDOS PELA COMISSÃO EUROPEIA ENVOLVENDO MERCADOS DIGITAIS/DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Caso	Principais discussões para definição do mercado relevante
M.7217 – Facebook/WhatsApp 2014	<p>Mercados relevantes analisados: (i) aplicativos de <i>smartphone</i> de comunicação para consumidores; (ii) redes sociais; e (iii) publicidade <i>on-line</i>.³⁵</p> <p>Em redes sociais, a Comissão Europeia considerou a possibilidade de aplicativos de serviços de comunicação – como o Facebook Messenger e o WhatsApp – integrarem o mercado relevante. Essa questão foi deixada em aberto, pela ausência de preocupações concorrenciais, segundo a Comissão Europeia.³⁶</p> <p>Em publicidade <i>on-line</i>, a Comissão Europeia considerou a possibilidade de segmentar o mercado relevante em <i>search</i> e <i>non-search</i>, publicidade <i>non-search</i> disponível em sítios de redes sociais e com base na plataforma utilizada. Essas questões também foram deixadas em aberto em razão da ausência de preocupações concorrenciais.³⁷</p>

(continua)

³⁴ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Data de julgamento: 03/10/2014. p. 3-14.

³⁵ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Data de julgamento: 03/10/2014. p. 10.

³⁶ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Data de julgamento: 03/10/2014. p. 12-14.

Caso	Principais discussões para definição do mercado relevante
M.4731 – Google/DoubleClick 2008	<p>Mercado de serviços de publicidade dividido nas seguintes segmentações: (i) provedores de espaço de publicidade <i>on-line</i> e <i>off-line</i>; (ii) serviços de intermediação para publicidade; e (iii) provedores de tecnologia de divulgação para anúncios gráficos (<i>ad serving</i>).³⁸</p> <p>Para publicidade <i>on-line</i>, também foi discutida a possibilidade de o mercado ser segmentado em publicidades do tipo <i>search</i> ou <i>non-search</i>. Definição deixada em aberto dada a inexistência de preocupações concorrenciais.³⁹</p> <p>Com relação aos serviços de intermediação para publicidade, a possibilidade de o mercado ser segmentado em <i>search</i> ou <i>non-search</i> também foi deixada em aberto, tendo em vista que a operação não trazia preocupações concorrenciais.⁴⁰</p> <p>O segmento de provedores de tecnologia de divulgação para anúncios gráficos (<i>ad serving</i>) foi dividido em mercados de provisão para anunciantes ou editores.⁴¹</p>
M.6281 – Microsoft/Skype 2011	<p>Mercados relevantes de serviços de comunicação (i) para consumidores e (ii) para empresas.⁴²</p> <p>No mercado de serviços de comunicação para consumidores, a Comissão Europeia analisou a possibilidade de esse mercado ser então segmentado por funcionalidade, plataforma ou sistema operacional.⁴³</p>

(continua)

- ³⁷ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.4731 – Google/DoubleClick. Data de julgamento: 11/03/2008. p. 17-26.
- ³⁸ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.4731 – Google/DoubleClick. Data de julgamento: 11/03/2008. p. 18-20.
- ³⁹ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.4731 – Google/DoubleClick. Data de julgamento: 11/03/2008. p. 23.
- ⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.4731 – Google/DoubleClick. Data de julgamento: 11/03/2008. p. 24.
- ⁴¹ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 3.
- ⁴² EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 4-8.

Caso**Principais discussões para definição do mercado relevante**

(i) Quanto à segmentação por funcionalidade, ela poderia dar-se em: mensagens instantâneas, chamadas de voz e chamadas de vídeo.⁴⁴

(ii) Quanto à segmentação por plataforma, ela poderia dar-se em: computadores pessoais, *smartphones*, *tablets*, etc.⁴⁵

(iii) Quanto à segmentação por sistema operacional, ela poderia dar-se em: Windows, Mac, Linux, Android, etc.⁴⁶

A Comissão Europeia optou por deixar todas as subsegmentações em aberto, por considerar que a operação não trazia preocupações concorrenciais mesmo na menor definição da dimensão de produto do mercado relevante.

No mercado de serviços de comunicação para empresas, a Comissão Europeia analisou a possibilidade de esse mercado ser segmentado em funcionalidade, plataforma, sistema operacional ou tamanho dos clientes.⁴⁷

(i) Quanto à segmentação por funcionalidade, ela poderia dar-se em: telefonia avançada, mensagens unificadas – *e-mail*, *fax*, mensagens de voz combinadas, *web*, voz e videoconferência, mensagens instantâneas, ferramentas de colaboração, etc.⁴⁸

(ii) Quanto à segmentação por plataforma, ela poderia dar-se em: computadores pessoais, *smartphones*, *tablets*, etc.⁴⁹

(*continua*)

43 EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 5.

44 EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 7.

45 EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 8.

46 EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 9-11.

47 EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 9.

48 EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 10.

Caso**Principais discussões para definição do mercado relevante**

M.8788 – Apple/Shazam 2018	<p>(iii) Quanto à segmentação por tamanho dos clientes, ela poderia dar-se em: pequenas, médias ou grandes empresas.⁵⁰</p> <p>A Comissão Europeia optou por deixar todas as subsegmentações em aberto, por considerar que a operação não trazia preocupações concorrenciais mesmo na menor definição da dimensão de produto do mercado relevante.</p> <hr/> <p>Mercados relevantes divididos nas seguintes segmentações: (i) <i>software solutions platforms</i>; (ii) serviços de distribuição de música digital; (iii) <i>ACR software solution</i>; (iv) licenciamento de dados de música; e (v) propaganda <i>on-line</i>.⁵¹</p> <p>Para <i>software solution platforms</i>, foi discutida a possibilidade de separar as definições em mercados relevantes para <i>OSs, PCs</i> e <i>OSs para smart mobile devices</i>. Foi deixada em aberto a definição, visto que, sob qualquer definição plausível de mercado relevante, a operação não impediria a efetiva competição.⁵²</p> <p>Para serviços de distribuição digital, foi discutida a possibilidade de divisão entre mercados de <i>streaming</i> e <i>downloading</i> (cujos limites foram considerados pouco claros). A definição de mercado relevante também foi deixada em aberto, tendo em vista que a operação não trazia preocupações concorrenciais.⁵³</p> <p>Para <i>ACR software solutions</i>, foi discutida a possibilidade de uma definição mais ampla, "<i>ACR music recognition software solution</i>", ou mais restrita, "<i>ACR and music recognition apps</i>". Deixaram-se todas as subsegmentações em aberto, por considerar que a operação não trazia preocupações concorrenciais mesmo na menor definição da dimensão de produto do mercado relevante.⁵⁴</p>
----------------------------	---

(continua)

⁴⁹ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011. p. 10-11.

⁵⁰ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.8788 – Apple/Shazam. Data de julgamento: 06/09/2018. p. 19-20.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.8788 – Apple/Shazam. Data de julgamento: 06/09/2018. p. 21.

⁵² EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.8788 – Apple/Shazam. Data de julgamento: 06/09/2018. p. 22-23.

⁵³ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.8788 – Apple/Shazam. Data de julgamento: 06/09/2018. p. 24-25.

Caso**Principais discussões para definição do mercado relevante**

Para licenciamento de dados de música, a possibilidade de o mercado ser dividido em segmentos de descoberta de música do Shazam e tabelas de consumo de músicas da Apple também foi deixada em aberto, visto que, sob qualquer definição plausível de mercado relevante, a operação não impediria a efetiva competição.⁵⁵

Para propaganda *on-line*, foi discutida a possibilidade de segmentação entre propaganda *on-line* e *off-line*, bem como a segmentação entre *search* e *non-search*. A definição nessa dimensão de produto também foi deixada em aberto, visto que nenhuma definição de mercado relevante impediria significativamente a competição.⁵⁶

Fonte: Elaboração pelas autoras, com base nas decisões da Comissão Europeia.

A decisão por deixar a definição de mercado aberta em diversos casos reflete as dificuldades enfrentadas na aplicação do ferramental tradicional do antitruste a mercados digitais. Além disso, ela pode significar, por um lado, a opção da Comissão Europeia por adotar uma postura mais flexível, tendo em vista a dinamicidade intrínseca aos mercados digitais.

Por outro lado, deixar a definição de mercado em aberto também pode ser interpretado como uma postura mais conservadora por parte da Comissão. Especialmente em casos envolvendo diversos mercados potencialmente relacionados, limitar os mercados relevantes significa também limitar não só o tamanho, mas também os possíveis pontos de intersecção entre mercados. Nesse sentido, no artigo *Merger review in emerging high innovation markets*, as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontam que em mercados de alta inovação, nos quais há elevado grau de incerteza, as definições de mercado relevante deveriam

⁵⁴ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.8788 – Apple/Shazam. Data de julgamento: 06/09/2018. p. 27.

⁵⁵ EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.8788 – Apple/Shazam. Data de julgamento: 06/09/2018. p. 28.

ser menos abrangentes para que seja adotada uma postura menos intervencionista por parte das autoridades antitruste.⁵⁶

Diferentemente da Comissão Europeia, o Cade se deparou com a necessidade de definir mercados relevantes em operações digitais em poucas oportunidades até o momento. Ao analisar o Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76 (Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG),⁵⁷ a autoridade pareceu bastante sensível aos argumentos apresentados pelas requerentes sobre as especificidades do mercado, deixando algumas definições em aberto.

Mais especificamente, sob a dimensão do produto, o Cade entendeu apropriado segmentar o mercado de pedidos de comida, excluindo os canais *off-line* do mercado relevante definido. Foi definido, portanto, um mercado de pedidos *on-line* de comida, incluindo seus três modelos: *marketplace* (no qual se enquadrariam as partes), plataformas dedicadas e especialistas em pedidos e logística.⁵⁸

Para justificar a inclusão dos especialistas em logística no mercado, o Cade considerou que (i) suas diferenças em relação a *marketplaces* seriam insuficientes para segmentar mercados relevantes distintos; e (ii) a principal ameaça competitiva no Brasil para o iFood seria uma empresa especialista em logística – o Uber Eats. Com relação às plataformas dedicadas, a autoridade reconheceu que essas de fato exercem alguma pressão competitiva sobre o mercado mais amplo de pedidos *on-line* de comida, ressaltando a possibilidade de que esse segmento seja excluído

⁵⁶ “One way to proceed might be to consider the seemingly narrowest markets within which the merging parties sell, and then asking a series of questions” (OECD. *Merger review in emerging high innovation markets*. 2002. p. 25. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2492253.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018).

⁵⁷ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018.

⁵⁸ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018. Parecer da Superintendência-Geral, p. 10-12.

do mercado em uma análise futura (com base em novos estudos sobre o mercado brasileiro).⁵⁹

Sob a dimensão geográfica, por sua vez, diante das características específicas do caso, o Cade entendeu que não seria necessário adotar uma definição rígida para avaliar os impactos da operação, que foi analisada sob a ótica nacional e municipal.⁶⁰

Com relação à prática no Brasil, vale destacar que o próprio Guia prevê que o Cade pode deixar as definições de mercado em aberto e que a análise concorrencial consiste na avaliação de “condicionantes que, por vezes, estão fora do mercado relevante predefinido”.⁶¹ Dessa forma, de acordo com o Guia, a definição de mercado relevante consiste em um instrumento para a análise de fusões que não deve vincular a autoridade, inclusive tendo em vista que alguns dos mercados analisados podem ser dinâmicos – como é o caso dos mercados digitais.⁶²

9.2.2 | DEFINIÇÃO DE *MARKET SHARES* E ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE PODER DE MERCADO

Além da definição do mercado relevante, a determinação e a análise das participações de mercado das partes de uma operação digital também não são uma tarefa trivial. Nesse sentido, o próprio Guia reconhece que o

⁵⁹ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018. Parecer da Superintendência-Geral, p. 10-12.

⁶⁰ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018. Parecer da Superintendência-Geral, p. 10-12.

⁶¹ CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. p. 13. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶² CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. p. 13-17. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

market share e o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), tradicionalmente utilizados para análise dos impactos de atos de concentração, podem ser relativizados e, em determinados casos, devem ser combinados a outras ferramentas.⁶³ Mercados de economia digital parecem se enquadrar nessa hipótese.

Na medida em que mercados digitais contam com rápido crescimento, entradas frequentes e curtos ciclos de inovação,⁶⁴ as participações de mercado de seus *players*, em diversos casos, tendem a ser voláteis e, portanto, pouco informativas em relação ao seu poder de mercado. Em outras palavras, uma leitura estática do *market share* pré-fusão parece ser insuficiente para analisar mercados que tendem à dinamicidade.

Isso não significa, contudo, que a análise de *market share* deve ser desconsiderada na análise de fusões na era digital. Uma visão mais ampla da evolução dos *market shares* e, até mesmo, possíveis projeções de crescimento podem ser uma alternativa que refletirá de forma mais realista o crescimento, o poder de mercado e o potencial das empresas envolvidas na operação em análise, bem como de seus concorrentes.⁶⁵

Além disso, em determinados casos, ela será extremamente importante na avaliação dos potenciais efeitos anticompetitivos de determinadas operações. Um primeiro exemplo, nesse sentido, seria uma fusão entre dois *players* com altas participações em um determinado mercado digital que,

⁶³ CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. p. 13-17. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶⁴ OECD. *The Digital Economy*. 2012. p. 5. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶⁵ Nesse sentido, destaca-se o Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018, no qual o Cade entendeu que “em um cenário dinâmico, com forte perspectiva de crescimento, recentes entradas de sucesso e presença de grandes *players* internacionais, é difícil afirmar que uma empresa possui um poder de mercado estável”. Para chegar a tal conclusão, a Superintendência-Geral considerou, dentre outros fatores, “a evolução do número de restaurantes cadastrados pela Uber Eats desde sua entrada no país”.

em razão de suas características, poderia facilitar a criação de um mercado de um único *player* dominante.⁶⁶ Em operações nas quais uma das partes é uma empresa estabelecida e com elevada participação em um mercado no qual efeitos de rede desempenham um importante papel, analisar seu *market share* pode ser importante para avaliar a probabilidade de que a operação venha a fortalecer a posição dominante dessa empresa, de forma dificilmente reversível.⁶⁷

Um segundo desafio enfrentado na análise de *market share* na era digital está relacionado à definição de uma *proxy* para estimar as participações de mercado das partes de uma determinada operação. Nesse ponto, elementos tradicionalmente considerados, como preço, faturamento e volume de vendas, muitas vezes podem não ser aplicáveis, apropriados e suficientes para a análise da posição de empresas disruptivas que, em diversos casos, possuem modelos de negócios de preço zero.⁶⁸

Uma alternativa, nesse sentido, seria utilizar *proxys* alternativos, como o volume de dados dos usuários, que, em mercados digitais, pode ser um indicador relevante de participação de mercado.⁶⁹ Não obstante, caso seja essa a escolha, deve-se considerar que o *multihoming* possibilita que os mesmos consumidores forneçam seus dados, tenham instalada e efetivamente utilizem mais de uma plataforma ao mesmo tempo. Em razão disso, a prática tradicional de definir um total de mercado dividido entre os diversos *players*

⁶⁶ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 26.

⁶⁷ OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU merger control: key features and implications. *Competition Policy International (CPI)*, 19 fev. 2018. p. 3 e 6. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/digital-markets-in-eu-merger-control-key-features-and-implications/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶⁸ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 24.

⁶⁹ Conforme aceito pela Comissão Europeia, em: EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Data de julgamento: 03/10/2014. p. 34.

que nele competem enfrenta um obstáculo estrutural quando os mercados em discussão são digitais: muito possivelmente, uma mesma parcela do mercado (seja ele medido com base em número de usuários, volume de dados, etc.) pode ser detida por mais de um *player*.

Tendo em vista os obstáculos descritos *supra*, ainda que a análise de *market share* possa ser relevante na avaliação de determinadas fusões na era digital, é importante que, em casos dessa natureza, (i) a análise de *market share* seja realizada por meio de uma visão mais ampla e dinâmica; e (ii) que também sejam ponderados outros elementos objetivos capazes de garantir um nível mínimo de previsibilidade à análise de fusões digitais. Esses outros elementos, por sua vez, podem ser aqueles já considerados na análise tradicional de atos de concentração (e.g., barreiras à entrada, rivalidade, poder de compra, nível de integração vertical, etc.)⁷⁰ ou novos, caso se entenda que o ferramental atualmente existente seria insuficiente diante de mercados tão complexos e dinâmicos.

9.2.3 | PROBABILIDADE DE EXERCÍCIO DE PODER DE MERCADO

Conforme antecipado, caso a conclusão da análise de níveis de concentração decorrentes de uma determinada operação seja a de que é possível que a nova empresa tenha condições de exercer o poder de mercado, faz-se necessário avaliar a probabilidade desse exercício. O exercício de poder de mercado por uma empresa dominante pode resultar em efeitos unilaterais e/ou em efeitos coordenados.

9.2.3.1 | Efeitos unilaterais

De acordo com o Guia, a probabilidade de exercício de poder de mercado de maneira unilateral, em primeiro lugar, depende essencialmente de três fatores: (i) barreiras à entrada; (ii) rivalidade; e (iii) poder de portfólio. Com

⁷⁰ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 25.

relação ao primeiro ponto, algumas das próprias características dos mercados digitais podem ser interpretadas como barreiras à entrada (e.g., pressão para inovação, acúmulo de dados e efeitos de rede).

Primeiramente, em se tratando de mercados de constante inovação, a capacidade de investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D) por parte de uma determinada empresa pode ser um elemento condicionante para uma entrada efetiva e para sobrevivência em mercados digitais.⁷¹ Em contrapartida, também há argumentos no sentido de que os custos para desenvolver uma nova plataforma seriam relativamente baixos, não demandando investimentos significativos de tempo e de dinheiro.⁷² Nesse sentido, na análise do caso Facebook/WhatsApp (2014) pela Comissão Europeia, argumentou-se que o desenvolvimento e o lançamento de aplicativos não deveriam ser considerados uma barreira à entrada relevante.

O acúmulo de dados, ativos importantes no contexto de mercados digitais, também pode ser considerado uma barreira à entrada. Não obstante, tendo em vista que (i) os dados utilizados por diversas plataformas digitais são públicos ou de fácil acesso por um custo razoável; e que (ii) os dados são ativos replicáveis (“bens não rivais”) que, portanto, podem ser utilizados por mais de uma empresa simultaneamente,⁷³ o acúmulo de dados não deveria ser, *a priori*, considerado um problema sob o ponto de vista concorrencial. Alguns autores argumentam inclusive que há

⁷¹ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 21.

⁷² EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Data de julgamento: 03/10/2014. p. 22.

⁷³ TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill. Big mistakes regarding big data. *Antitrust Source*, American Bar Association, 2014. *Apud*: MCSWEENY, Terrell; O’DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term price effects in merger analysis. 2018. p. 2. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

exemplos recentes de empresas sem dados que foram capazes de entrar no mercado e prosperar, ao mesmo tempo que se verificou o declínio de algumas empresas com uma massa relevante de dados, o que indicaria a inconsistência de uma ideia absoluta de que dados seriam uma barreira à entrada.⁷⁴

Nesse contexto, o acúmulo de dados poderá ser uma barreira à entrada, em especial quando os dados são privados⁷⁵ e, por consequência, de obtenção mais difícil e custosa. Além disso, nos casos em que se verifica o uso de mecanismos de inteligência artificial e *machine learning*, o processamento de dados como barreira à entrada também tende a demandar maior atenção.⁷⁶ Em síntese, em ambos os casos, a empresa detentora dos dados terá reduzidos incentivos para compartilhá-los e passará a ter uma vantagem competitiva em relação a novos entrantes.⁷⁷ Em alguns casos essa vantagem pode ser perfeitamente legítima, em outros ela pode trazer preocupações antitruste.

Na análise do caso Nielsen/Arbitration (2013), a FTC impôs restrições à operação, justamente por considerar que ela resultaria em uma restrição ao acesso a dados essenciais para o desenvolvimento de plataformas cruzadas

⁷⁴ EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 2017. p. 36. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438. Acesso em: 8 mar. 2019.

⁷⁵ MCSWEENEY, Terrell; O'DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term price effects in merger analysis. 2018. p. 2. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁷⁶ MCSWEENEY, Terrell; O'DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term price effects in merger analysis. 2018. p. 3. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁷⁷ MCSWEENEY, Terrell; O'DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term price effects in merger analysis. 2018. p. 2-3. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

de serviço de medição de audiência, a ser desenvolvida, que, uma vez concentrado nas partes, representaria uma barreira de entrada.⁷⁸

Como já destacado, efeitos de rede, por sua vez, também desempenham um importante papel na dinâmica de diversos mercados digitais e contribuem para a consolidação de poucos *players* (ou até mesmo um único). Durante a evolução de uma determinada plataforma, a tendência é que as barreiras à entrada e os custos de transação (*switching costs*) aumentem, tornando-se mais difícil para eventuais entrantes contestarem a posição de um *player* com uma rede já estabelecida.⁷⁹

As características específicas de mercados digitais também são indicadores relevantes na definição de suas condições de rivalidade, ou seja, dos incentivos que os demais competidores teriam para adotar estratégias agressivas para aumentar sua participação de mercado como reação ao exercício do poder de mercado da empresa resultante da operação.

Conforme já detalhado, a competição em mercados digitais se dá de forma extremamente dinâmica, por meio de um movimento constante de transformação e inovação. Nesse contexto, as participações nesses mercados (ainda que dominantes) também tendem a ser bastante voláteis, estando frequentemente sujeitas à contestação, muitas vezes inclusive por *players* atuantes em outros mercados. O conceito de capacidade ociosa, por sua vez, deve ser relativizado para a análise de mercados digitais, nos quais, uma vez desenvolvido o sistema, o investimento necessário para ampliar sua capacidade para absorver novos clientes tende a ser extremamente reduzido. Dessa forma, no caso de eventual exercício de poder de mercado pela empresa resultante de uma determinada operação, os competidores já estabelecidos no mercado conseguiriam facilmente absorver um possível desvio de demanda.

⁷⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION. Statement of the Federal Trade Commission in the matter of Nielsen Holdings N.V. and Arbitron Inc. *File n. 131-0058*, 20 set. 2013, p. 2.

⁷⁹ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 22.

Além desses elementos, que de certa forma se aproximam dos aspectos tradicionalmente utilizados para verificar a probabilidade de exercício de poder de mercado unilateral, a análise da efetividade das condições de rivalidade em mercados digitais deveria levar em consideração as especificidades da própria dinâmica concorrencial desses mercados. A análise das condições de rivalidade, portanto, deve considerar fatores como (i) a necessidade de que se esteja constantemente inovando para manter-se competitivo no mercado;⁸⁰ (ii) a relação entre os diversos mercados digitais, que permite que mercados distintos exerçam pressões competitivas entre si⁸¹ (inclusive, pode haver diferentes graus de substituição parcial nesses mercados); e (iii) a possibilidade de que a concorrência ocorra pelo mercado e não necessariamente no mercado.

Ainda sobre a análise de potenciais efeitos unilaterais, o Guia prevê que, em mercados tradicionais, ofertar um portfólio extenso de produtos e marcas, de modo a reduzir os custos de transação do cliente, que passará a lidar apenas com uma empresa, pode dificultar o acesso das concorrentes menores ao mercado. Em mercados digitais, por sua vez, (i) a capacidade de oferecer uma multiplicidade de plataformas com funcionalidades distintas ou uma multiplicidade de funcionalidades dentro de um único ecossistema e de, ao mesmo tempo, (ii) consolidar os dados de forma unificada também parece otimizar a experiência sob a perspectiva dos usuários e dos fornecedores de publicidade, representando, assim, um diferencial competitivo em mercados digitais. Novamente, esse diferencial pode ser perfeitamente legítimo, mas também pode gerar situações em que venha a ser utilizado de forma a distorcer a competição no mérito pelas preferências dos consumidores.

⁸⁰ EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 2017. p. 33-34. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438. Acesso em: 8 mar. 2019.

⁸¹ EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 2017. p. 33-34. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438. Acesso em: 8 mar. 2019.

9.2.3.2 | Efeitos coordenados

Além dos potenciais efeitos unilaterais, operações que aumentam as concentrações de um determinado mercado relevante (reduzindo suas condições de rivalidade) também costumam elevar a probabilidade de coordenação explícita ou tácita. Em mercados digitais, todavia, a probabilidade de coordenação parece menos provável.⁸²

Mercados digitais usualmente contam com elevado grau de diferenciação, o que tende a reduzir a possibilidade de os competidores chegarem a arranjos que os beneficiariam mutuamente.⁸³ Além disso, a competição em tais mercados se dá usualmente em razão de sua dinamicidade, velocidade e natureza da inovação, fatores que dificilmente serão passíveis de alguma forma de acordo e monitoramento. Ainda, em muitos casos, dada a necessidade de competir pelo mercado em um momento *ex ante* (e não propriamente no mercado),⁸⁴ os incentivos em mercados digitais parecem ser à competição e não à coordenação.

9.2.4 | AVALIAÇÃO DOS EFEITOS LÍQUIDOS

A análise do potencial anticompetitivo de um determinado ato de concentração resultará, por fim, na avaliação do efeito líquido não negativo, ou seja, em uma ponderação entre os potenciais efeitos negativos (relacionados a possibilidade e probabilidade de exercício de poder de mercado) e as eficiências específicas decorrentes da operação em análise.

Conforme detalhado nos itens anteriores deste capítulo, em razão das especificidades dos mercados digitais, a análise de operações dessa natureza

⁸² OECD. *Merger review in emerging high innovation markets*. 2002. p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2492253.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁸³ OECD. *Merger review in emerging high innovation markets*. 2002. p. 25. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2492253.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁸⁴ CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018, p. 22.

é complexa desde a definição do mercado relevante até a avaliação sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado. Questiona-se, ainda, se são esses de fato os melhores instrumentos para avaliação de efeitos em mercados extremamente dinâmicos. Mesmo que a resposta seja positiva, parece evidente que as ferramentas tradicionais precisariam, no mínimo, ser adaptadas para lidar com uma dinâmica concorrencial que parece nova para todas as autoridades antitruste ao redor do mundo.

Os potenciais prejuízos para o bem-estar dos consumidores decorrentes de um eventual exercício de poder de mercado, tradicionalmente relacionados à possibilidade de aumento de preços pelo *player* dominante, também possuem peculiaridades em mercados digitais. Sendo os mercados digitais muitas vezes também mercados de preço zero, considerar outros elementos além do preço torna-se necessário. Nesse sentido, o potencial prejuízo em um mercado digital poderá estar ligado a perdas de qualidade e velocidade na plataforma, redução de inovação, aumento do volume de dados exigidos (que pode envolver também questões de privacidade), etc.

Com relação à avaliação de eficiências, destaca-se que, pelas razões já exploradas neste capítulo (como efeitos de rede e economias de escala em termos de volume de dados), uma peculiaridade de diversos mercados digitais é a tendência a um número reduzido de *players*. Em alguns casos, uma estrutura de mercado com número reduzido de *players* será não apenas uma consequência natural da dinâmica de concorrência pelo mercado, mas também sua forma mais eficiente de operar.

Ainda sobre a análise de eficiências, um desafio adicional está ligado à dinamicidade inerente aos mercados digitais. Nesse contexto, eficiências dinâmicas relacionadas à inovação e redução de custos no longo prazo tendem a ser mais relevantes que eficiências estáticas relacionadas à redução de custos no curto prazo comuns em mercados tradicionais. A dificuldade para quantificar esses elementos demonstra que o cálculo de ganhos de eficiência em mercados digitais também é uma tarefa complexa.

Conforme antecipado, tendo em vista os obstáculos decorrentes da dinamicidade de mercados digitais, as autoridades antitruste dificilmente terão

uma resposta totalmente objetiva na avaliação desse tipo de fusões, tanto no mapeamento do potencial anticompetitivo da operação quanto na avaliação de suas eficiências. As decisões finais em casos dessa natureza, portanto, dependerão de uma opção de natureza de política pública por um nível maior ou menor de intervenção, considerando os riscos de erro em cada uma das opções – conforme descrito no último item deste capítulo.

9.2.5 | FUSÕES NA ERA DIGITAL E A PREVISÃO DO GUIA SOBRE A ELIMINAÇÃO DE MAVERICKS

Finalmente, também parece importante avaliar até que ponto as peculiaridades e a dinâmica concorrencial descritas *supra* seriam específicas de mercados digitais. Nesse sentido, merece destaque a previsão do Guia de que empresas *mavericks* (i.e., com um nível de rivalidade do tipo disruptivo) representariam um elemento adicional a ser considerado na análise de atos de concentração. Conforme demonstrado no quadro a seguir, muitas características de um *maverick* são também características comuns de *players* digitais.

QUADRO 3

MAVERICKS VS. PLAYERS DIGITAIS

Característica	<i>Maverick</i>	<i>Players</i> digitais
Nível de rivalidade do tipo disruptivo	✓	✓
Baixo custo de produção e baixa precificação (capacidade de reduzir preços)	✓	✓
Inventividade e estímulo à permanente inovação no segmento em que atuam	✓	✓

Fonte: Elaboração pelas autoras, com base no *Guia para análise de atos de concentração horizontal*, do Cade (2016).

Nesse sentido, a previsão do Guia de que atos de concentração envolvendo *mavericks* (i.e., *players* cuja presença independente no mercado pode disciplinar os preços das empresas com maior *market share*) podem

diminuir a concorrência atual ou potencial do segmento e a rivalidade, bem como desestimular a inovação no mercado em análise, independentemente de fatores objetivos como *market share* e variação do HHI, também poderia ser aplicada na análise de determinados atos de concentração envolvendo *players* digitais.

9.3 | **O DINAMISMO DOS MERCADOS DIGITAIS JUSTIFICA MAIOR OU MENOR INTERVENÇÃO PELAS AUTORIDADES ANTITRUSTE NA ANÁLISE DE FUSÕES?**

Com base no panorama traçado ao longo deste capítulo, fica claro que mercados envolvendo plataformas digitais possuem uma dinâmica peculiar, que traz novos desafios ao modelo tradicional de análise de fusões. Em razão disso, e especialmente por se tratar de mercados relativamente recentes, a análise prévia de operações dessa natureza traz um certo grau de incerteza, que demanda das autoridades antitruste ao redor do mundo uma escolha pela adoção de uma postura mais ou menos intervencionista, assumindo certos riscos nessa postura.

Nesse cenário, há um primeiro grupo mais conservador que entende que, diante da incerteza, é papel das autoridades antitruste intervir, justamente para evitar potenciais danos irreversíveis. Mais especificamente, as especificidades de mercados digitais tornariam a vigilância e a atenção a estratégias de negócios, suas motivações e seus possíveis efeitos, ainda mais importantes na análise de fusões.⁸⁵

Sob essa perspectiva, caberia às autoridades antitruste preservar a manutenção das condições de concorrência, impedindo, por exemplo, a aquisição de plataformas nascentes, que podem representar o futuro de um determinado mercado ou, no mínimo, um competidor em potencial. A intervenção significaria, portanto, não somente a preservação de eficiências, mas da concorrência em si em mercados digitais. Em outras palavras, para essa

⁸⁵ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 352. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

corrente, na medida em que a manutenção do maior número de concorrentes em um determinado mercado seria sempre desejável, caberia às autoridades antitruste intervir – ou, ao menos, avaliar de forma detida a possibilidade de intervenção – toda vez que essa condição seja colocada em cheque.⁸⁶

Por outro lado, com base na premissa de que a reprovação é a exceção na análise de atos de concentração, também se sustenta que reprovar uma operação com base em um potencial anticompetitivo incerto representaria uma intervenção excessiva. Nesse sentido, seria mais apropriado que as autoridades antitruste adotassem uma postura de “esperar para ver” (*wait and see approach*), uma vez que, na maior parte dos casos, eventuais imperfeições seriam remediadas automaticamente pela própria velocidade e dinamicidade dos mercados digitais. Uma postura demasiadamente intervencionista, nesse contexto, poderia deter investimentos e esforços para inovação, prejudicando o mercado como um todo.⁸⁷

Em síntese, com relação ao grau de intervenção em mercados digitais, diante da incerteza gerada por sua alta velocidade, dinamicidade e disrupção, que pode deixar as autoridades antitruste mais expostas a erros de decisão, discute-se se seria mais custoso: (i) um erro tipo I (falso positivo ou *overenforcement*), impedir um ato de concentração benéfico ao bem-estar social; (ii) um erro tipo II (falso negativo ou *underenforcement*), não identificar um ato de concentração nocivo à concorrência.

No contexto brasileiro, os precedentes recentes têm indicado uma postura cautelosa do Cade na análise de mercados digitais. Diante de mercados dinâmicos, na ausência de provas suficientes da potencialidade de efeitos anticompetitivos, a opção da autoridade tem sido por não intervir, para evitar falsos positivos (*overenforcement*). Em outras palavras, o Cade tem entendido que, “em mercados com inovação intensa, a intervenção da autoridade

⁸⁶ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 352. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁸⁷ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 349. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

antitruste deve se dar com bastante cautela, sob pena de inibição do esforço inovador característico desses mercados”.⁸⁸

Especificamente na análise de estruturas, conforme antecipado, o primeiro caso envolvendo plataformas analisado pelo Cade foi o Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76 (Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG).⁸⁹ Na ocasião, a despeito das participações de mercado das requerentes, a dinamicidade do mercado de pedidos de comida foi um fator relevante na fundamentação da decisão do Cade pela aprovação da operação:

Em um cenário dinâmico, com forte perspectiva de crescimento, recentes entradas de sucesso e presença de grandes *players* internacionais, é difícil afirmar que uma empresa possui um poder de mercado estável. A possibilidade de entrada de novos agentes, com potencial disruptivo no mercado, é alta. Esses fatores, somados à baixa relevância da PedidosJá no país, descartam preocupações concorrenciais específicas a essa operação.⁹⁰

Para fins de completude, é válido mencionar algumas manifestações minoritárias dos Conselheiros do Cade, no sentido de que, na análise de operações em mercados de inovação, a postura da autoridade concorrencial brasileira deveria ser pró-intervenção.⁹¹

⁸⁸ CADE. *Superintendência-Geral recomenda arquivamento de investigação contra o Google*. 20 nov. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/superintendencia-geral-recomenda-arquivamento-de-investigacao-contra-o-google>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁸⁹ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018.

⁹⁰ Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Decidido em 09/03/2018.

⁹¹ Voto vencido da ex-Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A. Aprovado, condicionado à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, em 14/03/2018. Nos termos do voto do Conselheiro Relator Paulo

Vale ressaltar, ainda, que a decisão das autoridades concorrenciais em atos de concentração não está limitada à aprovação ou reprovação da operação. Há uma alternativa intermediária que visa justamente viabilizar operações complexas, preservando suas eficiências e mitigando potenciais riscos concorrenciais identificados: a aprovação condicionada à aceitação de remédios antitruste.

Não obstante, considerando que a aplicação de remédios é uma forma de intervenção pelas autoridades antitruste e que um princípio essencial na discussão de remédios é a proporcionalidade em relação ao problema antitruste identificado, a mesma cautela descrita *supra* deve ser observada pelas autoridades na discussão de remédios em operações envolvendo mercados digitais. Isso porque, em primeiro lugar, por se tratar de mercados extremamente dinâmicos e de inovação, em muitos casos pode ser difícil delimitar com certeza qual seria exatamente o problema concorrencial identificado.

Além disso, a definição de remédios estruturais ou comportamentais, complexa por natureza, enfrentará alguns desafios adicionais em se tratando de mercados digitais. De forma simplificada, remédios estruturais poderiam ser considerados desproporcionais, enquanto remédios comportamentais podem ser considerados uma forma de engessamento de mercados dinâmicos.

Burnier da Silveira: “73. Por fim, faço uma referência ao voto vogal no caso ArcelorMittal/Votorantim (SEI 0440552), na 117ª SOJ, do Conselheiro João Paulo, em que ele fez uma oportuna lembrança acerca da aplicação do princípio da precaução na análise de atos de concentração, como defendido pelo falecido, sempre muito cuidadoso e honrado, o ex-Conselheiro e ex-professor da FGV/Rio Luis Schuartz: ‘na incerteza, dados os riscos, o melhor caminho a seguir é o mais conservador [...] Um ato de concentração não aprovado sempre pode ser reapresentado em um contexto futuro mais claro ou oportuno, mas uma decisão pela aprovação praticamente inviabiliza a sua reversão’. 74. Termino meu voto parafraseando-o da seguinte forma: ‘diante dos riscos concorrenciais mais acentuados observados em mercados dinâmicos e recém-criados, com tecnologias disruptivas; a melhor estratégia do órgão antitruste, se seu objetivo é maximizar o bem-estar do consumidor dinamicamente, é reprovar e não aprovar um AC que possa trazer resultados deletérios à concorrência. Enquanto uma reprovação hoje pode ser reapresentada amanhã, uma aprovação hoje pode trazer danos irreversíveis à dinâmica do mercado, com queda substancial de bem-estar social no longo prazo e retrocesso ao desenvolvimento econômico do país’”.

Conforme explorado em outros capítulos desta obra, a discussão sobre o desenho de remédios em mercados digitais também deve considerar suas características específicas. Assim, tendo em vista que mercados digitais usualmente têm dados como principal ativo, os remédios desenhados para viabilizar operações dessa natureza poderiam estar atrelados ao acesso a dados. Com relação ao acesso a dados, na análise de outros mercados (e.g., bancos e meios de pagamentos), a discussão sobre a portabilidade de dados como alternativa para reduzir externalidades de rede e custos de transação, de modo a ampliar (i) as condições de entrada de novos competidores e/ou (ii) a efetividade das condições de rivalidade já existentes no mercado em questão, vem ganhando espaço em âmbito global, no antitruste e, principalmente, em outras áreas do direito regulatório.⁹²

A viabilidade desse tipo de medida, todavia, não é trivial e envolve alguns desafios. Nos modelos de negócios em plataformas digitais, o ativo em muitos casos não se limita ao dado bruto, mas consiste no dado processado dentro de um banco de dados que sustentará aquele determinado negócio. Nesse caso, a adoção de remédios que envolvam alguma forma de compartilhamento de dados pode vir a ser, em primeiro lugar, dificilmente concretizável, na medida em que as empresas podem não manter registro dos dados brutos. Além disso, remédios envolvendo dados podem parecer economicamente insustentáveis, uma vez que para as empresas envolvidas pode ser mais vantajoso não seguir com a operação, quando comparado a compartilhar ou vender para seus concorrentes o principal ativo do negócio. Por fim, a discussão sobre dados e seus impactos sobre questões de privacidade vem sendo cada vez mais debatida ao redor do mundo. Tais questões sensíveis envolvendo privacidade também poderiam representar um obstáculo à aplicação de remédios em fusões digitais.

Ao discutir dados, é importante reconhecer que há um limite para a intervenção das autoridades antitruste. Em razão disso, grande parte da discussão sobre dados e portabilidade tem migrado para a esfera

⁹² CHICAGO BOOTH REVIEW. Are Google and Facebook monopolies?, 22 jan. 2018. Disponível em: <https://review.chicagobooth.edu/economics/2018/video/are-google-and-facebook-monopolies>. Acesso em: 9 mar. 2018.

regulatória. No que diz respeito a fusões, o fundamento para esse movimento é ainda mais evidente. De acordo com o princípio da proporcionalidade, ao analisar uma determinada operação, a autoridade antitruste está limitada à análise e intervenção dos possíveis efeitos dela decorrentes e não deve buscar, por meio de sua decisão, corrigir possíveis falhas de mercado preexistentes. Dessa forma, nos casos em que a preocupação não está diretamente ligada à operação e em que uma decisão pontual vinculante apenas às partes parecer insuficiente, a intervenção regulatória parece ser a mais apropriada e eficiente para manter o equilíbrio competitivo do mercado em questão.

Nesse sentido, ao pensar sobre a melhor ferramenta para garantir um *enforcement* efetivo em mercados digitais, é necessário refletir até que ponto essa intervenção compete às autoridades concorrenciais e em que medida ela deve ser atribuída ou compartilhada com outras políticas públicas e/ou autoridades regulatórias, especialmente nos casos envolvendo a necessidade de garantir o acesso de terceiros a “plataformas essenciais”⁹³ ou balancear objetivos de competição e privacidade. O desafio, nesse contexto, estará em definir pontos de intersecção, resguardando a proteção da concorrência às autoridades antitruste e avaliando os custos e benefícios de uma regulação específica.

CONCLUSÃO

Este capítulo buscou mapear os principais argumentos de três grandes discussões sobre fusões na era digital: (i) a suficiência dos critérios de faturamento para definição sobre a obrigatoriedade de operações digitais às autoridades antitruste; (ii) a aplicabilidade do instrumental tradicional para análise de fusões aos mercados digitais e a eventual necessidade de adaptações desse instrumental; e (iii) a necessidade de maior ou menor intervenção na análise de operações envolvendo empresas digitais.

⁹³ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015, p. 354. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Primeiramente, ficou demonstrado que os critérios de notificação atualmente utilizados na maior parte das jurisdições ao redor do mundo possibilitam que operações importantes envolvendo mercados digitais sejam negligenciadas pelo direito da concorrência. Nesse contexto, parece necessário refletir sobre as ferramentas atualmente disponíveis que permitem a detecção desse tipo de operação pelas autoridades antitruste, além de eventuais mudanças para complementar os critérios de notificação vigentes. Uma possibilidade que vem sendo discutida, nesse sentido, é a inclusão de um critério adicional de notificação, com base no valor da transação.

Além disso, como discutido, mercados digitais possuem características específicas que demandam que as principais ferramentas antitruste, pensadas originalmente para mercados tradicionais, sejam reavaliadas criticamente e eventualmente adaptadas para enfrentar questões complexas como preço zero, dados como ativo e efeitos de rede.

A discussão sobre o grau de intervenção das autoridades antitruste ao redor do mundo em fusões digitais, nesse contexto, parece ser um dos pontos mais sensíveis do debate. Do mesmo modo que a dinamicidade pode permitir que os mercados reestabeleçam suas condições de concorrência rapidamente e que a intervenção possa inibir movimentos de inovação, o risco de uma decisão por não intervir pode estar relacionado à redução da concorrência e à possibilidade de que *players* pequenos com potencial disruptivo sejam eliminados às escuras. Esse contexto evidencia que, em um ambiente de maior dinamicidade e incerteza, independentemente da postura adotada, as decisões antitruste sobre operações digitais devem sempre contar com elevado grau de cautela, ponderando a aversão a riscos de erros tipo I e tipo II.

Em síntese, os diversos argumentos descritos *supra* demonstram que mercados digitais desafiam as autoridades antitruste ao redor do mundo a buscar ferramentas inovadoras, dinâmicas e ao mesmo tempo capazes de garantir o devido cuidado necessário na análise de fusões na era digital. No Brasil, será importante acompanhar a análise de mais alguns atos de concentração envolvendo mercados digitais para que possamos ter uma visão mais concreta de como os agentes econômicos, seus assessores e as autoridades enfrentarão esses desafios.

REFERÊNCIAS

- CAPOBIANCO, Antonio; NYESO, Anita. Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, 2018.
- CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.
- CADE. *Superintendência-Geral recomenda arquivamento de investigação contra o Google*. 20 nov. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/superintendencia-geral-recomenda-arquivamento-de-investigacao-contra-o-google>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- CHICAGO BOOTH REVIEW. Are Google and Facebook monopolies?, 22 jan. 2018. Disponível em: <https://review.chicagobooth.edu/economics/2018/video/are-google-and-facebook-monopolies>. Acesso em: 9 mar. 2018.
- CLEARY GOTTlieb. *Unlocking digital competition: UK expert panel publishes report on competition in digital markets*. 11 abr. 2019. Disponível em: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2019/unlocking-digital-competition.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. *Killer acquisitions*. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707. Acesso em: 20 jun. 2019.
- EUROPEAN COMMISSION. Mergers: Commission to assess the acquisition of Shazam by Apple. 6 fev. 2018. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-664_en.pdf. Acesso em: 8 jun. 2019.
- EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438. Acesso em: 8 mar. 2019.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. Statement of the Federal Trade Commission in the matter of Nielsen Holdings N.V. and Arbitron Inc. *File n. 131-0058*. 20 set. 2013.
- FILISTRUCCHI, Lapo *et al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 10, n. 2, 2014.
- GERMANY/Austria: merger notification rules updated for digital economy transactions. *Competition Policy International (CPI)*, 10 jul. 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/eu-new-merger-control-thresholds-in-germany-and-austria/>. Acesso em: 12 maio 2020.

KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 4, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 12 ago. 2018.

MCCONNELL, Charles. *Sims aims at past Google and Facebook deals*. *GCR*, 28 maio 2019. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/article/1193426/sims-aims-at-past-google-and-facebook-deals>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MCSWEENY, Terrell; O'DEA, Brian. Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term price effects in merger analysis. 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

MONOPOLKOMMISSION. Competition policy: the challenge of digital markets. *Special Report*, n. 68, 2015. Disponível em: http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf. Acesso em: 12 ago. 2018.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 149, 2015.

OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. Digital markets in EU merger control: key features and implications. *Competition Policy International (CPI)*, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/digital-markets-in-eu-merger-control-key-features-and-implications/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

OECD. *Merger review in emerging high innovation markets*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2492253.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

OECD. *The Digital Economy*. 2012. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

OECD. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

OHLHAUSEN, Maureen. Antitrust enforcement in the digital age. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/T5mCFt>. Acesso em: 18 maio 2018.

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

SCOTT-MORTON, Fiona. Antitrust enforcement in high-technology industries: protecting innovation and competition. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/518956/download>. Acesso em: 12 maio 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Why more antitrust immunity for the media is a bad idea. *Northwestern University Law Review Colloquy*, v. 105, n. 3, 2010.

TEECE, David J.; COLEMAN, Mary. The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 3-4, 1998.

TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill. Big mistakes regarding big data. *Antitrust Source*, American Bar Association, 2014.

Decisões

CADE. Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A. Aprovado, condicionado à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, em 14/03/2018.

CADE. Ato de Concentração n. 08700.005972/2018-42. Requerentes: All Chemistry do Brasil e SM Empreendimentos Farmacêuticos. Aprovado em 20/05/2019.

CADE. Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Aprovado em 09/03/2018.

EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.4731 – Google/DoubleClick. Data de julgamento: 11/03/2008.

EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.5727 – Microsoft/Yahoo! Search Business. Data de julgamento: 18/02/2010.

EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Data de julgamento: 07/10/2011.

EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.7047 – Microsoft/Nokia. Data de julgamento: 04/12/2013.

EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp. Data de julgamento: 03/10/2014.

EUROPEAN COMMISSION. Case n. COMP/M.8788 – Apple/Shazam. Data de julgamento: 06/09/2018.

10. ENFORCEMENT ANTITRUSTE EM MERCADOS DIGITAIS:

O CADE E OS REMÉDIOS EM FUSÕES NOS MERCADOS DE INOVAÇÃO

Daniel Favoretto Rocha

INTRODUÇÃO

As tecnologias e plataformas digitais¹ parecem estar cada vez mais presentes na vida social, na exploração da atividade econômica e nos produtos e serviços ofertados pelas mais diversas empresas. Esse cenário é evidenciado pelo rápido crescimento no consumo de produtos e serviços ofertados por grandes empresas de tecnologia da atualidade, como Google, Facebook, Uber, Netflix e Amazon.

A título introdutório, destaca-se que plataformas digitais e inovações tecnológicas têm o potencial de criar novos mercados² e alterar mercados tradicionais.³ Os agentes econômicos, por consequência, são desafiados a se adaptarem à digitalização, para garantir a manutenção e ampliação de sua posição no mercado.

Nesse contexto de transformação, torna-se necessário repensar as ferramentas tradicionalmente utilizadas nas diversas áreas do direito.⁴ Isso porque,

- 1 Para evitar repetições, ambos os termos – tecnologias e plataformas digitais – serão usados indistintamente como sinônimos ao longo deste capítulo.
- 2 Exemplos de mercados nascidos em razão das plataformas digitais são as redes sociais e os serviços de *streaming* de vídeo *on-line*.
- 3 Exemplos de mercados tradicionais que se adaptaram à digitalização são o mercado de transporte individual de passageiros, com o advento dos aplicativos em dispositivos móveis, e o agronegócio, por meio de inteligência artificial (IA) e *big data*.
- 4 Como exemplo, há as controvérsias no campo do direito tributário, relacionadas à incidência tributária em serviços digitais. Para saber mais, ver artigo: GRUPO DE PESQUI-

das transformações decorrentes de novas tecnologias, tendem a surgir também novas demandas, novos problemas e, conseqüentemente, novos desafios, conforme demonstraremos ao longo deste capítulo.

Entre as áreas do direito afetadas pelas plataformas digitais está a defesa da concorrência, mais especificamente a estruturação e aplicação da política antitruste – o que chamaremos, aqui, de *enforcement* antitruste. Um dos aspectos do *enforcement* antitruste em que os desafios se tornam particularmente notáveis é o de remédios em caso de fusões, razão pela qual o adotamos como foco e recorte do objeto deste capítulo.

Por isso, este capítulo busca (i) mapear as diferentes abordagens utilizadas pelas autoridades antitruste pelo mundo em face dos mercados digitais,⁵ com especial foco em remédios antitruste; e (ii) internalizar esse debate no Brasil, apresentando de que forma a experiência recente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) se enquadra nesse contexto.

De forma introdutória, cabe, primeiramente, esclarecer que, para fins de defesa da concorrência, remédios em fusões são restrições a operações de concentração econômica, com o propósito de preservação da concorrência.⁶

SA TRIBUTAÇÃO NA ERA DIGITAL DO NEF/FGV DIREITO SP. Tributação na era digital: renda × consumo. *Jota*, 19 out. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-na-era-digital-renda-x-consumo-20102017>. Acesso em: 13 maio 2020. Há, também, controvérsias relacionadas à privacidade e regulação, conforme se nota das leis e marcos regulatórios surgidos recentemente, especialmente após o escândalo de mau uso de dados pelo Facebook, em conjunto com a Cambridge Analytica. Para saber mais, ver artigo: TIKU, Nitasha. Digital privacy is making anti-trust exciting again. *Wired*, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.wired.com/2017/06/ntitrust-watchdogs-eye-big-techs-monopoly-data/>. Acesso em: 13 maio 2020.

⁵ Consideramos mercados digitais aqueles nos quais o bem ou serviço ofertado é digital ou possui utilidade em razão de plataforma digital.

⁶ Essa definição é compartilhada em diversas jurisdições e órgãos não governamentais internacionais. *Vide*: U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust division policy guide to merger remedies*. 2011. p. 1. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019; HARTY, Ronan; KIRATZIS,

No Brasil, tais remédios antitruste podem ser aplicados de forma unilateral ou pela celebração de um Acordo de Controle de Concentrações (ACC), para conter potenciais efeitos anticompetitivos de um ato de concentração.⁷

Seu fundamento legal é o art. 61 da Lei n. 12.529/2011,⁸ que confere ao Cade certa discricionariedade em desenhar remédios adequados a cada operação econômica,⁹ conforme se nota da textura aberta e não taxativa dos parágrafos 1º e 2º desse artigo.

Os remédios antitruste costumam ser divididos em duas modalidades: estruturais e comportamentais.¹⁰ Remédios estruturais costumam estar ligados a uma obrigação de desinvestimento (de ativos e/ou de participação societária).¹¹ Remédios comportamentais, por sua vez, são obrigações como

Nathan. Overview to the Guide to Merger Reviews. *Global Competition Review*, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-guide-to-merger-remedies/1172614/overview>. Acesso em: 15 fev. 2019.

- 7 CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade. *Revista de Direito da Concorrência (RDC)*, v. 4, n. 1, maio 2016, p. 58.
- 8 “Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.”
- 9 Assim entendem, também, PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 87.
- 10 É importante mencionar que a divisão entre remédios comportamentais e remédios estruturais, apesar de amplamente adotada, não é a única existente e, menos ainda, a mais precisa em definir os diferentes remédios utilizados pelo Cade. Há, por exemplo, critério de classificação de remédios conforme os bens e direitos atingidos pelos remédios: remédios sobre a produção da empresa e remédios sobre a organização da empresa. CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade. *Revista de Direito da Concorrência (RDC)*, v. 4, n. 1, maio 2016, p. 63.
- 11 CADE. *Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica*. 2018. p. 75. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publi->

não discriminação, oferta de acesso a terceiros a determinados ativos, compartilhamento de dados, etc., ou seja, quaisquer obrigações de alteração de comportamento da firma resultante da operação.

A relevância e a atualidade do tema abordado estão demonstradas não só na ampla discussão sobre as controvérsias envolvendo mercados digitais no mundo, mas também no fato de que o Cade, recentemente, lançou seu próprio *Guia de remédios antitruste*.¹²

Como será demonstrado ao longo deste capítulo, o uso de remédios tem relação direta com o funcionamento e a dinâmica competitiva do mercado onde são aplicados. Considerando essa relação e os traços peculiares de mercados digitais, como a rápida inovação e a alta monetização de dados pessoais, a abordagem deste capítulo se mostra pertinente.

Com base nessa premissa, este capítulo visa responder a duas questões principais: (i) Quais são os desafios enfrentados no desenho e monitoramento de remédios em atos de concentração envolvendo mercados digitais?; e (ii) Quais são os caminhos que o Cade parece estar seguindo para enfrentar esses desafios?

Para tanto, este capítulo foi dividido em dois tópicos centrais, além da presente introdução e das considerações finais. No primeiro tópico, serão identificados os desafios que os mercados digitais apresentam ao desenho e monitoramento de remédios antitruste, se houver algum.

Na identificação desses possíveis desafios, explicaremos seus impactos no *enforcement* da política antitruste das jurisdições, demonstrando

cacoes-institucionais/publicacoes-dee/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

¹² CADE. *Guia de remédios antitruste*. 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019. Em maio de 2018, o Cade divulgou a versão preliminar desse guia, para consulta pública. Para saber mais, acesse: CADE. Cade lança versão preliminar de guia sobre remédios antitruste. 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-versao-preliminar-de-guia-sobre-remedios-antitruste>. Acesso em: 4 ago. 2018.

qual a relação entre a dinâmica competitiva dos mercados digitais e os instrumentos institucionais à disposição das autoridades de defesa da concorrência.

No segundo tópico, faremos um mapeamento das diferentes abordagens de autoridades antitruste, no que concerne a remédios, incluindo os Estados Unidos (Federal Trade Commission [FTC]), a Europa (European Commission [EC]) e o Brasil (Cade). Isso será feito a partir da análise de precedentes das respectivas jurisdições. Aqui, com o uso de método de estudo comparado, identificaremos se o Cade está ou não em consonância com alguma das abordagens utilizadas por autoridades antitruste de outras jurisdições.

10.1 | **DESAFIOS NA APLICAÇÃO DE REMÉDIOS ANTITRUSTE EM OPERAÇÕES DE FUSÕES EM MERCADOS DIGITAIS**

Em diversas jurisdições do mundo, as autoridades de defesa da concorrência vêm adotando uma postura cautelosa ao abordar desafios em mercados digitais. Apenas recentemente, em 2020, houve sinalizações de possível mudança para uma postura mais interventiva, especialmente nos Estados Unidos, que costumava ser menos ativo do que a Europa no controle desses mercados, sobretudo em investigações de condutas das conhecidas *big techs*.

De um lado, há o receio das autoridades de intervir em mercados inovadores e, com isso, prejudicar a inovação e exceder sua competência legal.¹³ Essa cautela se justifica considerando que o próprio funcionamento dos mercados digitais está em discussão atualmente. Interferir em mercados muito dinâmicos dos quais pouco se conhece pode causar efeitos adversos imprevistos.

Por outro lado, há preocupação com o rápido desenvolvimento desses mercados, o que, sem o devido controle, poderia, em última instância, reduzir as condições de concorrência e colocar concorrentes e consumidores em posição de vulnerabilidade em relação ao poder de mercado de grandes empresas de tecnologia.

¹³ KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 13, n. 4, 2015, p. 349. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 15 fev. 2019.

O comportamento das autoridades antitruste diante de mercados digitais¹⁴ parece, portanto, variar entre esses dois extremos de maior e menor intervenção.¹⁵

No que se refere especificamente a remédios, o grau de conhecimento da autoridade antitruste sobre a dinâmica do mercado passa a ser um fator ainda mais relevante para fins de *enforcement*.¹⁶ Isso porque remédios devem ser desenhados conforme as preocupações concorrenciais concretas decorrentes da operação em análise, de forma customizada ou *tailor-made*.¹⁷

14 Ao falar em “comportamento das autoridades antitruste”, este capítulo adota a premissa de que instituições e órgãos administrativos têm autonomia suficiente para, dentro dos limites da legalidade, atuar de diferentes formas. Por isso, instituições e órgãos administrativos têm “comportamento”.

15 Uma boa referência, na qual é possível notar o dilema entre esses dois extremos no *enforcement* da política antitruste, é o discurso da Conselheira Maureen Ohlhausen, do FTC, na abertura do *Global Antitrust Enforcement Symposium*, em setembro de 2017 (OHLHAUSEN, Maureen K. Antitrust enforcement in the digital age. 2017. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1253163/georgetown_mko_9-11-17.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018).

16 A experiência do Cade demonstra essa importância. O Conselheiro João Paulo Resende, em seu voto vogal do Ato de Concentração n. 08700.006185/2016-56, menciona a experiência do Cade com ACCs que tiveram que ser flexibilizados após tentativa de implementação. Seguem alguns casos. Em operação envolvendo a JBS e a Rodopa, o ACC previu obrigação de níveis mínimos de produção em um frigorífico. Mais tarde, descobriu-se que essa obrigação era inexecutável, em razão de limitações impostas por licenças ambientais existentes antes mesmo da operação. No caso da operação entre o Grupo Latam e o Grupo AIG, o ACC previu que as compromissárias firmassem acordo com um entrante no mercado, no qual os custos de desenvolvimento de sistema de TI fossem arcados pelo entrante. Mais tarde, o Cade descobriu que essa não era uma prática usual nesse mercado, dificultando a concretização do acordo com potenciais entrantes no mercado. Em uma *joint venture* entre Itaú e Mastercard, embora o ACC previsse determinadas restrições ao uso do logo da Mastercard, as restrições tiveram que ser flexibilizadas, pois, para garantir a acessibilidade mundial dos cartões, o logo deveria seguir padrões usuais.

17 ANDERS, Eduardo Caminati; MISALE, Guilherme Teno Castilho. Antitrust remedies: in search of a balanced dosage. *Competition Policy International*, 2 out. 2017. p. 3. Dispo-

Sem esse conhecimento sobre o mercado, a autoridade corre o risco de se aproximar dos dois extremos mencionados *supra*, adotando remédios ora demasiadamente invasivos, ora insuficientes para conter qualquer preocupação concorrencial.

Dessa forma, desenhar e implementar remédios adequados, eficazes e proporcionais é uma tarefa complexa, que exige engajamento por parte da autoridade, especialmente em verificar se suas medidas estão tendo bons resultados e em buscar formas de aprimorar o *enforcement* antitruste.

Feito esse esclarecimento, cabe questionar quais seriam as possíveis especificidades de remédios em mercados digitais. Afinal, há algo próprio nesses mercados que enseje uma discussão sobre remédios específica a operações digitais?

Aparentemente, há. O fato de mercados digitais serem mercados nascentes os torna mais imprevisíveis às partes envolvidas no acordo de remédios (i.e., autoridade e empresas fusionandas) e amplia a assimetria informacional entre estas, tornando a tarefa de desenhar e monitorar remédios ainda mais desafiadora.

As diretrizes básicas para a elaboração de remédios são amplamente conhecidas pelas autoridades antitruste: a International Competition Network (ICN) elencou princípios a serem observados no desenho e uso de remédios, como a proporcionalidade das obrigações e a definição de estruturas que facilitem sua implementação e fiscalização.¹⁸ Assim, a questão passa a ser como aplicar essas diretrizes aos mercados digitais.

A forma como essas diretrizes serão aplicadas tende a variar conforme a jurisdição. Lancieri ressalta um ponto que deve impactar o uso de remédios em mercados digitais: apesar da semelhança entre as políticas antitruste de diferentes jurisdições e do uso comum de racionalidade econômica, o

nível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/10/CPI-Antitrust-Remedies-Caminati-and-Misale-2.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

¹⁸ ICN. *Merger remedies review project: report for the fourth INC annual conference*. 2005. p. 3-4. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2018.

enforcement da política antitruste varia, inevitavelmente, em razão de fatores culturais e de escolhas regulatórias e legislativas de cada sistema jurídico.¹⁹

Por consequência, dentro dos limites da legalidade, as autoridades de defesa da concorrência, como o Cade, podem enfrentar essas questões de diversas formas.

Os principais desafios em aplicar referidas diretrizes aos mercados digitais são, primeiramente, os de ordem técnica, relacionada à tecnologia da informação.²⁰ Determinadas obrigações podem ser inexecutáveis sob o ponto de vista técnico. Cogita-se aqui, por exemplo, a obrigação de portabilidade de base de dados adquiridos em ato de concentração, que, a depender do caso, pode se mostrar inexecutável ou de difícil fiscalização.

O caso McAfee/Intel demonstra como o conhecimento técnico da autoridade sobre a dinâmica do mercado e a tecnologia envolvida são importantes para o monitoramento de remédios. Na aquisição do McAfee pela Intel, em 2011, a FTC impôs, dentre outras obrigações, a de garantir pós-operação

¹⁹ LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal Antitrust Enforcement*, 2018. p. 10-11. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018.

²⁰ Apesar de se referir a assunto diverso, cremos que as dificuldades da fiscalização da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em matéria de neutralidade de rede permitem entender a complexidade da infraestrutura das empresas de tecnologia e da respectiva logística de captação, armazenamento e processamento de dados. Dentre as dificuldades, há o desafio de verificar, em tempo real, a adoção de conduta discriminatória no tráfego de dados *on-line*, por empresa de telecomunicação, e o desafio, até mesmo, de entender qual a origem de um problema de conectividade do usuário, que pode advir de diferentes intermediários da cadeia logística de dados (servidores, por exemplo). Dificuldades semelhantes a estas podem ser enfrentadas pelas autoridades antitruste, na implementação e monitoramento de remédios em mercados digitais. Mais sobre o caso da Anatel em: ANATEL. *Neutralidade de rede: proposta de consulta pública à sociedade sobre a regulamentação prevista no Marco Civil da Internet*. 2015. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/sala_imprensa/31-3-2015-8h36min8s-Proposta%20CP_regulamenta%C3%A7%C3%A3oMCI_CP_v01.pdf. Acesso em: 7 ago. 2018.

a interoperabilidade dos produtos com concorrentes. Para monitorar essa obrigação, a autoridade precisa de algum conhecimento técnico em tecnologia da informação.

Por isso, ao definir remédios aplicáveis a uma determinada operação em mercados digitais, o Cade precisará de boa assessoria técnica, para melhor conhecer a estrutura operacional da plataforma envolvida na operação e desenhar remédios exequíveis e proporcionais às preocupações concorrenciais do caso.

Um segundo desafio está relacionado à necessidade de realizar uma análise prospectiva de mercados que podem se encontrar em fase de maturação. Para avaliar a necessidade de remédios, a autoridade faz uma análise prospectiva de aumento e probabilidade de exercício de poder de mercado no cenário pós-operação.²¹ Em mercados dinâmicos e recentes, essa previsão se torna mais difícil, conforme se nota do parecer da Superintendência-Geral do Cade (SG), no ato de concentração entre Naspers e Delivery Hero.

Nessa operação, o SG entendeu que:

Por se tratar de mercado novo e em rápida transformação, é especialmente desafiante traçar diagnósticos sobre a dinâmica competitiva, identificar tendências de mercado, avaliar condições de rivalidade ou mesmo de comportamento dos consumidores.²²

Os dois desafios apontados *supra* – desafio de conhecimento técnico sobre manuseio de dados e desafio de análise prospectiva – são fatores de assimetria informacional entre o Cade e os agentes de mercados digitais, bem como da insuficiência de informação detida por ambos sobre tais mercados.

²¹ Conforme orientação do *Guia para análise de atos de concentração horizontal*, do Cade, e da Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001.

²² Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Anexo I ao Parecer n. 05/2018 (SEI n. 0451193), 08/03/2018, p. 18.

A imprevisibilidade resultante da dinamicidade dos mercados digitais e a vulnerabilidade informacional da autoridade antitruste – que chamaremos, conjuntamente, de assimetria informacional – dificultam o desenho e o monitoramento de remédios. A assimetria informacional dificulta, também, o próprio juízo de necessidade de negociar remédios, considerando que, em determinadas circunstâncias, preocupações concorrenciais podem ser contidas com o mero desenvolvimento do mercado.

Como forma de, por um lado, contornar essa assimetria informacional e, por outro lado, não ficar inerte diante das preocupações concorrenciais desses mercados, uma opção para as autoridades pode ser a adoção de remédios amplos e abstratos e previsões mais genéricas no respectivo ACC.

Quanto menos a autoridade antitruste souber das especificidades de funcionamento de dado mercado, mais desafiador será desenhar remédios capazes de mitigar especificamente as preocupações concretas do caso e, portanto, mais genérico e abstrato será o desenho desses remédios – por exemplo, em vez de prever condutas específicas, o ACC se limita a vedar a adoção de conduta discriminatória pelos compromissários.

Apesar de contornar a falta de conhecimento da autoridade no momento do desenho de remédios, o uso de previsões mais genéricas trará dificuldades de monitoramento desses remédios. Quanto mais genérico for o desenho dos remédios, maior será o grau de insegurança em relação a sua implementação e monitoramento,²³ conforme destacado pela Conselheira Cristiane Alkmin,²⁴ sobre o ACC firmado entre o Cade, o Itaú Unibanco e

23 Vale lembrar que, no âmbito do sistema jurídico concorrencial brasileiro, cabe às partes requerentes da operação arcarem com os custos econômicos e a responsabilidade pela implementação dos remédios. No entanto, fala-se que a autoridade possui custos de *enforcement* na implementação dos remédios, pois a autoridade tem custos de monitoramento, que incluem custos de tempo e esforço operacional no processamento de informações submetidas pelas requerentes, para atestarem o cumprimento do ACC.

24 “Além disso, cabe ressaltar o que eu e o Conselheiro João Paulo temos alertado em casos de ACCs comportamentais: as imposições de cláusulas de discriminação são em geral inócuas, muitas vezes uma repetição do que diz a própria lei, com linguagem ampla e

a XP Investimentos. Em outras palavras, quanto mais genérico for o desenho do remédio, maiores serão os custos de *enforcement* à autoridade de defesa da concorrência.

Esse problema decorre da própria natureza contratual do acordo do qual resultam os remédios antitruste. A partir da semelhança entre a racionalidade dos ACCs e a dos contratos, conforme apontado pelo Conselheiro João Paulo, em seu voto vogal do ato de concentração Kroton/Estácio,²⁵ é pertinente elucidar esse problema com base no dilema contratual exposto por Scott e Triantis.²⁶

A formação de um contrato, bem como de um ACC, depende da negociação entre as partes. No entanto, por diversos motivos, as partes, naturalmente, são incapazes, no momento da negociação, de prever e acordar todas as hipóteses fáticas que podem impactar a relação contratual, razão pela qual os contratos são naturalmente incompletos. Da mesma forma que contratos podem possuir lacunas, acordos que impõem remédios a uma operação também podem possuir lacunas.

Aos custos relacionados à negociação entre as partes dá-se o nome de custos de transação.²⁷ Aos custos relacionados à aplicação, cumprimento e

imprecisa, gerando infundáveis disputas interpretativas durante a sua vigência. As evidências de ACCs com problemas de monitoramento são várias, o que faz com que o *enforcement* pelo regulador seja nulo. Indubitavelmente, a subjetividade pode transformar um ‘remédio’ em ‘placebo’” (Voto vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira, no Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16, j. 19/03/2018).

²⁵ “Os remédios, na maior parte das vezes, são traduzidos em um contrato, o ACC, que, como todo contrato, é incompleto em função da racionalidade limitada dos agentes de preverem todas as contingências” (Trecho do voto vogal do Conselheiro João Paulo Resende. Ato de Concentração n. 08700.006185/2016-56. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira. *DOU* 12/07/2017).

²⁶ SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 814-879, 2006.

²⁷ SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006, p. 823.

monitoramento do contrato dá-se o nome de custos de *enforcement*.²⁸ Quanto mais hipóteses forem previamente reguladas no contrato, de forma detalhada e coerente, menores serão os custos de *enforcement* desse contrato.

O uso de remédios antitruste segue a mesma racionalidade: a autoridade antitruste deve enfrentar o dilema entre desenhar remédios específicos, aumentando custos de transação, e desenhar remédios genéricos, aumentando custos de *enforcement*.²⁹

Os desafios de remédios em mercados digitais, portanto, advêm das incertezas sobre o objeto regulado pelo ACC firmado entre a autoridade antitruste e as empresas atuantes nesses mercados. Essas incertezas, conforme exposto *supra*, decorrem do fato de que mercados digitais são mercados (i) ainda recentes, sendo o conhecimento e as discussões a seu respeito ainda incipientes, e (ii) em rápida transformação.

Por isso, remédios genéricos, se utilizados de forma limitada, podem ser positivos para fins de política antitruste, mas poderão ser problemáticos para o *enforcement* antitruste, sempre que refletirem mera forma de contornar os desafios de assimetria informacional enfrentados pela autoridade. Nesses casos, conforme afirmado pela Conselheira Cristiane Alkmin, “a subjetividade pode transformar um ‘remédio’ em ‘placebo’”.³⁰

A escolha da autoridade de defesa da concorrência, ao adotar uma postura mais ou menos interventiva, também está relacionada à preocupação de

²⁸ Nesse conceito, Scott e Triantis abordam custos relacionados ao *enforcement* de contratos privados perante o Poder Judiciário, razão pela qual nem todos os aspectos do conceito de custos de *enforcement* são aplicáveis aos casos de remédio antitruste (SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 823-824, 2006).

²⁹ Os autores demonstram que o uso de cláusulas genéricas não é, necessariamente, um defeito da redação contratual, tratando, na verdade, de estratégia das partes em alocarem os custos de regulação contratual para momento futuro (SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 835-837, 2006).

³⁰ Voto vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira, no Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16, j. 19/03/2018.

preservar as eficiências trazidas aos consumidores por operações digitais, que decorrem, por exemplo, de efeitos de rede. Plataformas digitais se tornam mais eficientes aos seus usuários conforme o aumento da conectividade e do número de usuários.

Esses efeitos de rede são propagados em razão da infraestrutura digital das empresas de tecnologia, motivo pelo qual remédios estruturais podem impactar os efeitos de rede de plataformas digitais.

Outro possível objeto de incidência de remédios estruturais são os bens e direitos de propriedade intelectual – o que é tão determinante nesses mercados, para fins de competitividade.³¹ Exemplos de remédios desse tipo são a alienação de marca e o licenciamento de uma patente.

Nesses mercados, o uso de tecnologia e a titularidade de bens imateriais são formas de concorrer pelo mercado, razão pela qual a autoridade deve ser cautelosa em exigir remédios estruturais sobre esses ativos, sob o risco de desincentivar inovação.

Considerando essas características de mercado, o desenho de remédios estruturais de desinvestimento, que sejam mais interventivos e impactem infraestrutura tecnológica e propriedade intelectual, pode comprometer as eficiências de um ato de concentração.³²

Por isso, apesar da preferência geral das autoridades antitruste por remédios estruturais,³³ Sher e Kemp defendem que a flexibilidade e a reversibilidade dos remédios comportamentais os fazem ideais para operações que ocorrem em mercados de tecnologia e inovação.³⁴ De fato, remédios de

³¹ GRISE, Jacqueline; MORSE, Howard. High-tech mergers: top of the antitrust enforcement agenda. *The Antitrust Review of the Americas 2015*. Global Competition Review, ago. 2014.

³² KEMP, Kellie; SHER, Scott. A comparative analysis of the use of merger remedies in technology industries. *CPI Antitrust Chronicle*, 2014, p. 5.

³³ Essa preferência é apontada por CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade. *Revista de Direito da Concorrência (RDC)*, v. 4, n. 1, maio 2016, p. 67.

³⁴ KEMP, Kellie; SHER, Scott. A comparative analysis of the use of merger remedies in technology industries. *CPI Antitrust Chronicle*, 2014, p. 8.

escopo comportamental tendem a ser menos invasivos, cabendo à autoridade fiscalizar seu cumprimento, com base, dentre outros meios, na prestação de contas periódica dos comissários e no monitoramento por privados independentes, denominados *trustees*.

No entanto, os remédios comportamentais não são sempre os mais adequados, considerando os custos para sua fiscalização. Por isso, em casos nos quais houver evidente e desproporcional aumento de poder de mercado, pode ser interessante o uso de remédios estruturais, como desinvestimentos relacionados a banco de dados, ativos de destacada importância em mercados digitais.

Em resumo, a *expertise* em saber em que momentos utilizar remédios de escopo estrutural e em que momentos utilizar os de escopo comportamental é extremamente relevante no atual contexto global de política antitruste.

A autoridade deve aplicar os remédios que, de um lado, sejam suficientes para conter as preocupações concorrenciais da operação e, de outro lado, não intervenham a tal ponto de inviabilizar as eficiências decorrentes da operação.

Essa ponderação decorre da conciliação entre os princípios jurídicos da proporcionalidade, da livre-iniciativa e da livre concorrência.³⁵ Assim, a autoridade poderá ponderar entre custos de *enforcement* e custos de transação.

Conforme demonstrado no item seguinte, as autoridades de defesa da concorrência de diferentes países estão lidando com esses desafios de *enforcement* de diferentes formas.

³⁵ A conciliação entre princípios jurídicos pode ser notada na abordagem de PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89: “Nesse sentido, apesar da grande amplitude de possibilidades aberta pela LDC ao Cade nessa matéria, as restrições impostas em atos de concentração devem ser capazes de passar por um teste de proporcionalidade que avalie a adequação entre a medida e a finalidade pretendida. [...] De fato, considerando o princípio da liberdade de iniciativa, sempre que possível, o Cade deve procurar uma solução que permita a realização da operação com restrições que neutralizem seus efeitos anticompetitiva”.

10.2 | **O CADE E AS DEMAIS JURISDIÇÕES**

Parte da experiência do Cade em remédios já foi antecipada no tópico anterior, dada sua utilidade na discussão sobre os possíveis desafios suscitados por operações de concentração econômica em mercados digitais. Não obstante, um maior aprofundamento de alguns casos específicos é importante para que se possa traçar um mapeamento mais completo da experiência de autoridades antitruste nessa área.

Autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo vêm abordando esse assunto de diferentes maneiras. A Comissão Europeia costuma adotar remédios comportamentais com mais frequência do que a FTC e o Department of Justice (DOJ) em operações em mercados de tecnologia.³⁶⁻³⁷

Essa diferença entre ambas as jurisdições, entretanto, não é absoluta. A adoção de remédios pela autoridade europeia também não é absoluta, conforme se nota da aprovação incondicionada da operação entre Facebook e WhatsApp.³⁸ Por parte da FTC, há precedente de bloqueio de operação em mercado digital, mais especificamente aquela entre DraftKings e FanDuel.³⁹

A China, por outro lado, que possui menos repertório e experiência em matéria concorrencial, vem adotando remédios mais inusitados. Por exemplo,

³⁶ KEMP, Kellie; SHER, Scott. A comparative analysis of the use of merger remedies in technology industries. *CPI Antitrust Chronicle*, p. 7-8, 2014.

³⁷ Exemplo de imposição de remédios pela autoridade europeia é o caso Microsoft/LinkedIn (M.8124), em que a Comissão impôs obrigações de não discriminação entre Microsoft e redes sociais profissionais, bem como entre LinkedIn e fabricantes e distribuidores de computadores.

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA. M.7217. Facebook-WhatsApp. 19/11/2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

³⁹ Para saber mais, acesse: HEITNER, Darren. To prevent fantasy monopoly, FTC blocks DraftKings-FanDuel merger. *Forbes*, 19 jun. 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/darrenheitner/2017/06/19/ftc-files-complaints-to-block-fanduel-draftkings-merger/#33893cac2adc>. Acesso em: 13 maio 2020.

na operação entre Thermo Fisher e Life Technologies, em 2014, a autoridade antitruste chinesa – uma divisão do Ministério do Comércio chinês – adotou remédio de restrição do preço pós-operação, uma medida que as autoridades estadunidense e europeia evitam usar, por entenderem ser excessivamente interventiva, com capacidade de “engessar” o desenvolvimento do mercado, e insuficiente para atacar a causa da preocupação concorrencial.⁴⁰

Quanto ao Brasil, a experiência do Cade em atos de concentração envolvendo mercados digitais e de inovação ainda é bastante limitada. Dentre esses poucos casos, destaca-se, primeiramente, o Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16⁴¹ (Itaú/XP).

Esse caso trata de um mercado de inovação, pois a XP Investimentos atuava como uma plataforma de investimento alternativa ao setor bancário tradicional. Em razão de seu impacto inovador no mercado e de sua tecnologia disruptiva, a XP Investimentos foi considerada um *maverick*, conforme se nota do voto da Conselheira Cristiane Alkmin⁴² e do parecer da Superintendência-Geral.⁴³ Nesse contexto, o Itaú, um grande *player* do setor bancário, pretendia adquirir parte do capital social da XP.

No ACC celebrado com o Cade,⁴⁴ em março de 2018, entre as obrigações impostas está a de não adotar tratamento discriminatório para com

⁴⁰ KEMP, Kellie; SHER, Scott. A comparative analysis of the use of merger remedies in technology industries. *CPI Antitrust Chronicle*, 2014, p. 9.

⁴¹ Requerentes: XP Investimentos S.A. e Itaú Unibanco S.A., Relator Conselheiro Paulo Burnier, j. 14/03/2018.

⁴² Voto registrado no Sistema Eletrônico de Informação (SEI) do CADE sob o número 0455496.

⁴³ Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16. Requerentes: XP Investimentos S.A. e Itaú Unibanco S.A. Superintendência-Geral, Anexo ao Parecer Técnico n. 24 (SEI n. 0425434). Emitido em 27/12/2017. p. 29-35.

⁴⁴ Apesar desse ACC celebrado com o Cade, no início de 2018, as requerentes ainda firmaram um ACC com o Banco Central, em agosto de 2018, para tratar de obrigações relativas à regulação do mercado financeiro. Esse ACC contou com obrigações mais rigorosas que as obrigações impostas pelo Cade. Para saber mais, ver: PIMENTA, Guilherme. Mais

ofertantes de produtos financeiros – incluídos, aqui, emissores bancários e gestores de fundos de investimento.⁴⁵

O voto vogal da Conselheira Cristiane Alkmin criticou a textura aberta e abstrata do remédio imposto, afirmando que

[...] as imposições de cláusulas de [não] discriminação são em geral inócuas, muitas vezes uma repetição do que diz a própria lei, com linguagem ampla e imprecisa, gerando infundáveis disputas interpretativas durante a sua vigência. As evidências de ACCs com problemas de monitoramento são várias, o que faz com que o *enforcement* pelo regulador seja nulo.⁴⁶

Nota-se, aqui, um caso concreto que ilustra o potencial problema da adoção de remédios genéricos.

O segundo caso decidido recentemente pelo Cade que merece atenção é o Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76 (Naspers/Delivery Hero).⁴⁷ Inicialmente, vale destacar que a opção do Cade por não utilizar remédios para aprovar a operação em referência é justamente o que torna esse caso tão rico para a presente análise.

rigoroso que o Cade, BC aprova Itaú/XP com restrições. *Jota*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/mais-rigorous-que-o-cade-bc-aprova-itaú-xp-com-restricoes-10082018>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁴⁵ “Cláusula 2.2.4. A XP Investimentos deverá oferecer condições comerciais não discriminatórias para os Emissores Bancários e Gestores de Fundos de Investimento com quem mantiver relação comercial para a distribuição de produtos de investimento, seguindo as mesmas diretrizes, práticas e padrões comerciais que vinham sendo usualmente adotados para cada Plataforma XP antes da Operação, e utilizando para definir sua remuneração o histórico do emissor/gestor; a expectativa de volume negociado; e a qualidade e risco do produto em questão.”

⁴⁶ Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16. Requerentes: XP Investimentos S.A. e Itaú Unibanco S.A. Relator Conselheiro Paulo Burnier, j. 14/03/2018.

⁴⁷ Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG, *DOU* 09/03/2018.

O caso envolvia o mercado de pedidos *on-line* de comida, que é um mercado digital, ante sua dependência de plataformas digitais e conectividade *on-line* para fins de oferta e aquisição de *market share*.

Conforme se nota do Parecer n. 05/2018 do SG, que foi acolhido e integrado às razões do despacho de aprovação (Despacho SG n. 298/2018), a autoridade antitruste reconheceu se tratar de um mercado nascente, cuja perspectiva de expansão torna pouco provável o exercício de poder de mercado.

Assim, o Cade foi cauteloso na aplicação de sua política antitruste à operação, admitindo uma experiência limitada com esse mercado e evitando uma intervenção indevida.⁴⁸

O Cade adotou, portanto, uma postura de maior cautela em relação a mercados digitais, aparentemente preferindo deixar o mercado nascente amadurecer e não arriscar ferir a inovação.

Um terceiro precedente capaz de indicar a postura do Cade é o Ato de Concentração n. 08700.001097/2017-49 (Bayer/Monsanto). O caso não tratou de mercados digitais, mas oportunizou uma análise aprofundada do Cade sobre mercados de inovação em geral.⁴⁹

⁴⁸ Vide p. 36: “Primeiro, a análise aqui realizada refere-se ao primeiro ato de concentração desse mercado notificado ao Cade. Nesse sentido, serve apenas como uma referência inicial, devendo ser aprofundada em casos posteriores”. Em relação à perspectiva de expansão e concorrência no mercado, vide p. 34: “Dessa forma, uma vez que as condições de entrada no mercado de pedidos *on-line* de comida são favoráveis, conclui-se que a operação não acarreta a probabilidade de exercício de poder de mercado pelas Requerentes. Tal conclusão ainda é reforçada por uma expectativa de acirramento da rivalidade no mercado nos próximos anos e a fragilidade da empresa adquirida, que possui uma baixa participação de mercado e não tem se mostrado um concorrente efetivo” (Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76, Anexo I ao Parecer n. 05/2018 (SEI n. 0451193), 08.03.2018).

⁴⁹ Conforme definido no voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier, “os mercados afetados são intensivos em tecnologia, sendo relevante o risco de a Operação comprometer a concorrência por inovação” (Ato de Concentração n. 08700.001097/2017-49, voto-relator [SEI n. 0440304], 15/02/2018).

Houve celebração de ACC com remédios estruturais e comportamentais, com especial foco nos mercados de sementes de soja e de algodão, em razão da redução de rivalidade e de incentivos à inovação decorrentes da operação.

Pode-se considerar que os remédios impostos à operação foram interventivos, dado que a Bayer teve que desinvestir na empresa BASF todos os seus ativos relacionados aos negócios de sementes de soja, de algodão e de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio.

A função desse remédio estrutural foi manter a rivalidade no mercado e elevar a capacidade de concorrentes em pesquisa e desenvolvimento. Aliado a esse remédio, houve também remédio comportamental de não aliciamento dos especialistas que trabalharem na adquirente desses negócios.

Prima facie, esse precedente poderia suscitar a impressão de que o Cade adota posição interventiva em mercados de inovação. Entretanto, a operação em questão envolveu alto grau de concentração, em mercados onde se constatou tendente competição por meio de soluções integradas.

O caso demonstrou a preocupação do Cade com a competição em pesquisa e desenvolvimento, em mercados de inovação. Essa preocupação foi endereçada por meio de remédios estruturais e comportamentais. Fazer juízos de mérito desses remédios extrapola o escopo deste capítulo, mas o ponto central que deve ser destacado é a capacidade de o Cade identificar preocupações não tão triviais nesses mercados de inovação.

Essa mesma observação vale ser feita em relação a um quarto precedente do Cade, o Ato de Concentração n. 08700.005937/2016-61 (Dow Chemical/DuPont). No caso, o Cade negociou remédios de desinvestimento de ativos, com foco em pesquisa e desenvolvimento e, ainda, propriedade intelectual, por tratar-se de mercados de inovação.

Esses precedentes são insuficientes para fazer um diagnóstico preciso e prever a postura do Cade nesses mercados para os próximos anos. Entretanto, esses casos aparentam cautela e fervor por conhecer os mercados sob julgamento.

Essa cautela, vale dizer, não decorre de falta de poder de barganha ou de condições de a autoridade impor remédios, considerando os incentivos e

mecanismos propiciados pelo advento da Lei n. 12.529/2011, em especial com o modelo de análise prévia de atos de concentração.⁵⁰

CONCLUSÃO

Considerando que mercados digitais contam com uma dinâmica competitiva própria e costumam ser mercados relativamente recentes, desenhar e monitorar remédios em atos de concentração envolvendo esses mercados demanda maior atenção e cautela por parte das autoridades antitruste.

O primeiro desafio, nesse contexto, é definir se impor remédios a uma determinada operação é de fato necessário ou se o próprio desenvolvimento do mercado digital já seria suficiente para mitigar as preocupações concorrenciais levantadas. Em mercados sobre os quais a autoridade não possui conhecimento tão aprofundado, em razão da dinamicidade da inovação e da incipiente maturação do mercado, torna-se mais difícil fazer análises prospectivas e, portanto, identificar as exatas preocupações concorrenciais, tais como a probabilidade de exercício de poder de mercado. Nesse contexto, muitas autoridades têm adotado uma postura cautelosa, procurando evitar falsos positivos e intervenções excessivas.

Caso a decisão seja por impor remédios, os desafios subsequentes estão relacionados ao desenho e monitoramento dos remédios antitruste.

A adoção de perspectiva contratual sobre o acordo que impõe remédios permite melhor entendimento sobre esses desafios, seguindo na linha de alguns precedentes do Cade. A dinamicidade dos mercados digitais e o déficit informacional sobre eles dificulta a ponderação entre os custos de negociação e os custos de *enforcement* do acordo de remédios.

A forma como as autoridades antitruste estão lidando com essas questões de *enforcement* varia conforme o sistema jurídico, notando-se uma variação entre posições de maior ou menor intervenção nesses mercados.

⁵⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Remédios no âmbito de acordos em controle de concentrações (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011. In: CARVALHO, Vinícius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015. p. 233-235.

A opção por uma postura de maior intervenção se fundamenta em preocupações de abuso de poder econômico em face, por exemplo, da privacidade dos consumidores e da dificuldade de entrantes concorrerem com agentes detentores de grandes bases de dados e plataformas digitais de extensa adesão. A opção por uma postura de menor intervenção, por sua vez, fundamenta-se na preocupação de não inibir a inovação e de permitir a maturação de mercados nascentes para dinamizar a livre concorrência.

A posição do Cade, nesse contexto, ainda não é clara, dada a limitada experiência da autoridade com operações envolvendo mercados digitais. No entanto, a experiência recente com o caso Naspers/Delivery Hero, por exemplo, demonstra o reconhecimento por parte da autoridade de que, em face das especificidades e dinamicidade desses mercados, operações envolvendo mercados digitais devem ser analisadas com cautela.

REFERÊNCIAS

ANATEL. *Neutralidade de rede*: proposta de consulta pública à sociedade sobre a regulamentação prevista no Marco Civil da Internet. 2015. Disponível em: http://www.anatel.gov.br/Portal/documentos/sala_imprensa/31-3-2015--8h36min8s-Proposta%20CP_regulamenta%C3%A7%C3%A3oMCI_CP_v01.pdf. Acesso em: 7 ago. 2018.

ANDERS, Eduardo Caminati; MISALE, Guilherme Teno Castilho. Antitrust remedies: in search of a balanced dosage. *Competition Policy International*, 2 out. 2017. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/10/CPI-Antitrust-Remedies-Caminati-and-Misale-2.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 5 ago. 2018.

CABRAL, Patricia Semensato; MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: teoria e prática do Cade. *Revista de Direito da Concorrência (RDC)*, v. 4, n. 1, maio 2016.

CADE. Ato de Concentração n. 08700.001097/2017-49. Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. *DOU* 16/02/2018.

CADE. Ato de Concentração n. 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e XP Investimentos S.A. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. *DOU* 20/03/2018.

CADE. Ato de Concentração n. 08700.005937/2016-61. Requerentes: The Dow Chemical Company e E. I. du Pont de Nemours and Company. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. *DOU* 23/05/2017.

CADE. Ato de Concentração n. 08700.006185/2016-56. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira. *DOU* 12/07/2017.

CADE. Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76. Requerentes: Naspers Ventures B. V., Rocket Internet SE e Delivery Hero AG. Anexo I ao Parecer n. 05/2018, 08/03/2018. Disponível no Sistema Eletrônico de Informação sob número 0451193.

CADE. *Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica*. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

CADE. Cade lança versão preliminar de guia sobre remédios antitruste. 23 maio 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-versao-preliminar-de-guia-sobre-remedios-antitruste>. Acesso em: 4 ago. 2018.

CADE. *Guia de remédios antitruste*. 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf. Acesso em: 15 fev. 2019.

CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 6 ago. 2018.

CADE. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view. Acesso em: 6 ago. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. M.7217. Facebook-WhatsApp. 19/11/2014. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. M.8124. Microsoft-LinkedIn. 20/01/2017.

GRISE, Jacqueline; MORSE, Howard. High-tech mergers: top of the antitrust enforcement agenda. *The Antitrust Review of the Americas 2015*. Global Competition Review, ago. 2014.

- GRUPO DE PESQUISA TRIBUTAÇÃO NA ERA DIGITAL DO NEF/FGV DIREITO SP. Tributação na era digital: renda × consumo. *Jota*, 19 out. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tributacao-na-era-digital-renda-x-consumo-20102017>. Acesso em: 13 maio 2020.
- HARTY, Ronan; KIRATZIS, Nathan. Overview to the Guide to Merger Reviews. *Global Competition Review*, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/insight/the-guide-to-merger-remedies/1172614/overview>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- HEITNER, Darren. To prevent fantasy monopoly, FTC blocks DraftKings-FanDuel merger. *Forbes*, 19 jun. 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/darrenheitner/2017/06/19/ftc-files-complaints-to-block-fanduel-draftkings-merger/#33893cac2adc>. Acesso em: 13 maio 2020.
- ICN. *Merger remedies review project: report for the fourth INC annual conference*. 2005. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- KADAR, Massimiliano. European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 13, n. 4, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2703062>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- KEMP, Kellie; SHER, Scott. A comparative analysis of the use of merger remedies in technology industries. *CPI Antitrust Chronicle*, 2014.
- LANCIERI, Filippo Maria. Digital protectionism? Antitrust, data protection and the EU/US transatlantic rift. *Journal Antitrust Enforcement*, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075204. Acesso em: 5 ago. 2018.
- OHLHAUSEN, Maureen K. Antitrust enforcement in the digital age. 2017. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1253163/georgetown_mko_9-11-17.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Remédios no âmbito de acordos em controle de concentrações (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011. In: CARVALHO, Vinícius Marques de. *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PIMENTA, Guilherme. Mais rigoroso que o Cade, BC aprova Itaú/XP com restrições. *Jota*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/mais-rigoroso-que-o-cade-bc-aprova-itau-xp-com-restricoes-10082018>. Acesso em: 26 ago. 2018.

SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

TIKU, Nitasha. Digital privacy is making antitrust exciting again. *Wired*, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://www.wired.com/2017/06/ntitrust-watchdogs-eye-big-techs-monopoly-data/>. Acesso em: 13 maio 2020.

U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust division policy guide to merger remedies*. 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1098656/download>. Acesso em: 9 dez. 2020.

A aplicação do direito da concorrência na economia digital é um objeto de estudos multifacetado, e esta obra aborda diversas dessas facetas. Os diferentes capítulos ora reunidos cobrem desde os objetivos e as funções do direito da concorrência na era digital até a transformação da análise de condutas e fusões, que têm exigido constante reflexão e revisão da teoria clássica do direito antitruste. Cada autor (ou grupo de autores) traz sua perspectiva sobre temas intrincados e polêmicos, que muitas vezes apresentam mais perguntas do que respostas. Em conjunto, eles compõem um amplo panorama do debate atual, ajudando a organizar o campo de discussões. Este livro é fruto de reflexões ocorridas no Grupo de Estudos sobre Direito da Concorrência e Regulação em Plataformas Digitais na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) entre 2017 e 2019.

“O tema a que se dedica este livro vem atraindo corações e mentes da comunidade antitruste, mobilizando autoridades, acadêmicos, operadores do direito e economistas nas mais variadas jurisdições do mundo. Trata-se, sem dúvida, do assunto mais relevante em regulação e concorrência neste final de década, sendo claros os sinais de que o debate em torno das políticas apropriadas para a economia digital se projeta para o futuro. (...) A obra apresenta como principal virtude a visão holística que se requer para a análise concorrencial de plataformas digitais. Dedicase a apresentar os desafios da abordagem tradicional de defesa da concorrência frente ao novo modelo de negócios, que coloca em xeque a definição de mercado relevante, o ponto inicial da análise antitruste, bem como regras de decisão já consolidadas, como as de identificação de ilícito por preço predatório e discriminação de preços.”

Prefácio de **Paulo Furquim de Azevedo** – Professor do Insper

