

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ISABELLA DORIGHETO MIRANDA

Alternativas para a análise antitruste brasileira dos atos de concentração em plataformas
digitais: inovação e concorrência

Ribeirão Preto

2022

ISABELLA DORIGHETO MIRANDA

Alternativas para a análise antitruste brasileira dos atos de concentração em plataformas digitais: inovação e concorrência

Versão Original

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

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Juliana Oliveira Domingues.

Ribeirão Preto

2022

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

MM672 a Miranda, Isabella Dorigheto
Alternativas para a análise antitruste brasileira dos atos de
concentração em plataformas digitais: inovação e concorrência /
Isabella Dorigheto Miranda; orientador Juliana Oliveira Domingues. --
Ribeirão Preto, 2022.
153 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2022.

1. PLATAFORMAS DIGITAIS. 2. ANÁLISE ANTITRUSTE
BRASILEIRA. 3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO. 4. INOVAÇÃO. I.
Domingues, Juliana Oliveira, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: MIRANDA, Isabella Dorigeto

Título: Alternativas para a análise antitruste brasileira dos atos de concentração em plataformas digitais: inovação e concorrência

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

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

É difícil resumir dois anos de participação em um programa de mestrado. Ainda assim, de forma simplória, defini-lo-ia como uma constante. Nesse período, diversas mudanças aconteceram, tanto profissionais quanto pessoais. Troquei de emprego, conheci novas pessoas, troquei de casa – duas vezes; e a todo momento, o mestrado e o compromisso com a pesquisa permaneceram.

Ao finalizar este trabalho, portanto, resta-me apenas agradecer àqueles que também representaram pontos fixos de apoio durante o período. Aos meus amigos, obrigada pelos momentos de descontração, pelas infinitas revisões e discussões sobre o tema e o envio de notícias para consideração.

Aos meus pais, um agradecimento especial pela construção da minha jornada acadêmica e profissional em conjunto, pela disponibilidade e paciência nos momentos que me privaram do convívio familiar. Obrigada por sempre terem me feito acreditar que não existe objetivo grande o suficiente para não ser alcançado com esforço e dedicação; e por terem construído as bases para as oportunidades que tive desde criança.

Não poderia deixar de mencionar os colegas de mestrado, que se demonstraram sempre disponíveis para produzir de forma colaborativa, e compartilhar as dificuldades da condução de uma dissertação. Da mesma forma, à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, minha casa de bacharelado, a qual retornei para experienciar o mesmo nível de qualidade e excelência no ensino, com a condução atenciosa de toda a equipe e profissionais responsáveis pelo programa de mestrado.

Por fim, à professora Juliana Oliveira Domingues, que me acolheu nos momentos de dúvida; e dispôs de tempo e dedicação para discutir comigo os pontos principais desse trabalho. Obrigada pelos ensinamentos e, principalmente, por demonstrar diariamente que a academia permanece um ambiente aberto àqueles que buscam novas abordagens e campos de estudo.

Of course, there is nothing wrong with successful companies pushing their own visions. But when a particular corporate outlook becomes the only game in town, problems soon follow. Historically, the greatest technological advances occur when many companies across many sectors try out different ideas.

Daron Acemoglu

RESUMO

DORIGHETO, Isabella Miranda. **Alternativas para a análise antitruste brasileira dos atos de concentração em plataformas digitais: inovação e concorrência**. 2022. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022.

O estudo aborda a análise dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tendo por panorama o crescimento das empresas de tecnologia e de seu poder econômico. Na primeira parte (Capítulos 1 e 2), constroem-se inovação e digitalização como tendências incorporadas aos modelos de negócios difundidos como paradigmas de sucesso, organizados como plataformas que intermediam a relação entre seus usuários; e dos atos de concentração enquanto ferramentas empresariais para aglutinação de produtos e serviços, bem como possíveis estímulos à inovação por empresas nascentes. Na construção do trabalho, aborda-se com base em revisão bibliográfica a relação entre concorrência e inovação, a partir das visões de Schumpeter e Arrow, bem como explicita-se o cenário de crescimento das plataformas digitais, para levantar suas particularidades e relacioná-las com os desafios de aplicação da análise antitruste tradicional, pautada na metodologia pós-Chicago. São expostas as críticas a esse racional, considerando também a experiência internacional europeia e estadunidense no tema como fonte para apreender o avanço das discussões e entender como outras jurisdições trabalham-no. Na segunda parte (Capítulos 3 e 4), são apresentadas as normativas que regem a análise antitruste brasileira de atos de concentração (a exemplo da Lei 21.529/2011 e o Guia H), comparando as disposições teóricas com a prática pelo estudo de três atos de concentração analisados pelo CADE envolvendo plataformas digitais e competição potencial. O estudo assume caráter dedutivo-indutivo, partindo de bibliografia para aprofundamento em estudo de casos práticos, a serem analisados sob a ótica dos conceitos assimilados e por meio de investigação comparativa. Por esse exercício e considerando os resultados da revisão bibliográfica, propõe-se que (i) a análise adote parâmetros alternativos ao preço para exame dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais; (ii) a delimitação do mercado relevante seja ampliada e flexibilizada, considerando principalmente o papel dos dados; (iii) o ônus de demonstração da preservação das condições de concorrência no mercado recaia sobre as partes requerentes; e (iv) haja o acompanhamento pelo CADE de atos de concentração realizados por plataformas com posição dominante, independente do faturamento envolvido e respeitando critérios alternativos.

Palavras-chave: plataformas digitais; análise antitruste brasileira; atos de concentração; inovação.

ABSTRACT

DORIGHETO, Isabella Miranda. **Alternatives to the Brazilian antitrust analysis of mergers on digital platforms: innovation and competition**. 2022. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022.

This study addresses how the Administrative Council for Economic Defense (CADE) analyzes mergers involving digital platforms, having as a background the growth of technology companies and their economic power. This project is divided into two main parts. In the first part (Chapters 1 and 2) innovation and digitalization are portrayed as paradigms of success that are incorporated into the most successful business models. These trends are organized as platforms that connect their users. Mergers are also depicted as corporative tools for bundling goods and services and as a potential catalyst for innovation by emerging firms. In this regard, the relationship between innovation and competition is presented based on a literature review, comparing the visions of Arrow and Schumpeter to further explore the growth of digital platforms, their particularities, and the challenges of applying traditional antitrust analysis, based on the post-Chicago methodology. In addition, arguments against the post-Chicago methodology are presented, considering the European and American experiences as a resource to track the development of discussions and to comprehend other countries' approaches to the topic. Following a deductive-inductive structure ranging from the bibliography to a more in-depth analysis of contemporary situations, the second part (Chapters 3 and 4) outlines the Brazilian merger antitrust legislation (such as Law 21.529/2011 and Guide H) and analyzes three merger cases judged by CADE that involved digital platforms and potential competition. As a result, and taking into account previous studies, four recommendations are made: (i) merger analysis should adopt alternative parameters to price for the examination of mergers involving digital platforms; (ii) the relevant market's delimitation might be expanded and made more flexible, primarily taking into account the role of data; (iii) the onus of proving the preservation of market conditions ought to be placed on the requesting parties; and (iv) regardless of the amount of revenue involved and while adhering to alternative criteria, CADE monitors mergers carried out by platforms in a dominant position.

Keywords: digital platforms; Brazilian antitrust analysis; mergers; innovation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. INOVAÇÃO EMPRESARIAL	25
1.1. Inovação e concorrência	28
1.2. Inovação no século XXI e a ascensão das plataformas digitais	35
2. PLATAFORMAS DIGITAIS	40
2.1. Conceitos fundamentais	42
2.2. O uso de dados e potenciais impactos de atos de concentração envolvendo plataformas digitais	46
2.3. Desafios das plataformas digitais a conceitos tradicionais do antitruste	52
2.3.1. Mercado relevante.....	52
2.3.2. Poder de mercado.....	56
2.3.3. Barreiras à entrada	61
3. ANÁLISE ANTITRUSTE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO PLATAFORMAS DIGITAIS	65
3.1. Críticas ao racional da eficiência alocativa na análise antitruste	70
3.2. O problema da incerteza: competição potencial e nascente nos mercados de atuação das plataformas digitais	75
3.3. O cenário internacional e a análise de atos de concentração envolvendo plataformas digitais	81
3.3.1. Estados Unidos	82
3.3.2. União Europeia	87
3.4. Análise de Atos de Concentração no Brasil	95
3.4.1. Panorama legislativo brasileiro: a Lei 12.529/2011, o Guia H e sua adequação à competição potencial por inovação	98
3.4.2. Estudo de Casos: competição potencial em atos de concentração envolvendo plataformas digitais	102

3.4.2.1.	Ato de Concentração nº 08700.002703/2019-13: plataformas de comparação de preços	107
3.4.2.2.	Ato de Concentração n 08700.007262/2017-76: entrega de refeições	110
3.4.2.3.	Ato de Concentração nº 08700.001796/2020-94: publicidade online de imóveis	113
3.4.2.4.	Inferências do estudo de casos.....	118
4.	PROPOSTAS PARA ANÁLISE ANTITRUSTE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO INOVAÇÃO E COMPETIÇÃO POTENCIAL EM PLATAFORMAS DIGITAIS	121
4.1.	Admissão do ato de concentração para análise.....	123
4.2.	Fase de instrução.....	125
4.3.	Fase de julgamento.....	130
	CONCLUSÕES	135
	REFERÊNCIAS	140
	APÊNDICE A - Tabulação de Casos.....	152

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz como um dos preceitos da ordem econômica nacional a livre iniciativa, elencada no artigo 170. Como princípios a serem observados, o texto elege ainda a livre concorrência e a defesa do consumidor, de forma que o panorama nacional de atuação dos operadores jurídicos é revestido pelo exercício de compatibilização desses preceitos. Dessa forma, realidade do cenário jurídico-empresarial brasileiro permite, por força constitucional, a coexistência de agentes diversos para o oferecimento de produtos e serviços aos consumidores finais.

No cotidiano da atuação deles, não é incomum que ocorram operações entre os participantes de determinado mercado que transformam a estrutura societária das empresas envolvidas e que, pela Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) são consideradas como atos de concentração. Tais operações podem assumir diferentes contornos, a depender do objetivo das partes, e a amplitude dos termos do artigo 90 da Lei 12.529/2011 deixa claro que são diversas as situações que podem reclamar a aplicação do direito concorrencial.

No âmbito do direito empresarial, essas estratégias fazem parte do que se convencionou chamar de “fusões e aquisições”, termo que abrange uma multiplicidade de formatos jurídicos e nem sempre corresponde à compra e venda de determinada empresa. Essas operações podem representar investimento em crescimento inorgânico, ao invés de crescimento orgânico, que envolveria investimentos na própria empresa, sem considerar possível participação em outros agentes do mercado. De maneira geral, podem ser definidas como medidas de crescimento externo ou compartilhado que se concretizam por “combinação de negócios’ ou reorganizações societárias” (BOTREL, 2017, p. 23), cujo resultado é uma nova conformação das empresas envolvidas.

Considerando as fusões e aquisições como operações de cunho negocial, elas podem ser classificadas inicialmente pelo intuito que reveste a transação comercial. Com esse escopo, Rossi (1996, p. 3) fornece uma classificação com quatro categorias: (i) expansão da empresa; (ii) venda da empresa e/ou de participação nela; (iii) alteração do controle societário; e (iv) alteração de propriedade da empresa. Vê-se que, a depender do objetivo final dos agentes envolvidos, diversos podem ser os resultados obtidos.

Outra possibilidade seria tratá-las pela relação que as empresas envolvidas assumem no mercado antes da conclusão do negócio. A *Federal Trade Commission*, por exemplo, enquadra as operações de fusões e aquisições em quatro categorias (BOTREL, 2017, p. 66): (i) horizontais, quando envolvem concorrentes do mesmo ramo ou de ramos de atividade considerados próximos; (ii) verticais, quando envolvem empresas que atuam em etapas complementares de um determinado mercado (ex.: produtores e distribuidores); (iii) concêntricas, quando envolvem empresas de ramos complementares, visando expansão dos produtos oferecidos; e (iv) de conglomerados, quando envolvem empresas de ramos sem conexão prévia, cujo objetivo seria a diversificação de produtos e serviços ofertados.

Domingues e Gaban (2016, p. 112) por sua vez, explicam que, de acordo com a teoria econômica incorporada na Lei de Defesa da Concorrência, os atos de concentração são de três tipos: (i) horizontais, se realizados por empresas em um mesmo nível da cadeia produtiva; (ii) verticais, se realizados por empresas de níveis diferentes; e (iii) colaboração ou cooperação, se realizados por empresas que não possuem relação horizontal ou vertical, atuando em mercados distintos.

De toda forma, as classificações deixam claro que as operações de fusões e aquisições podem ter diversos motivos como intuito original. Adicionalmente, independente da relação prévia entre as empresas no mercado e/ou da estrutura jurídica que as revestem, as transações são justificadas pelos envolvidos com base nas sinergias advindas da combinação dos negócios.

Em suma, alega-se que a soma das partes das empresas seria mais produtiva e valiosa do que seus componentes individuais (GAUGHAN, 2007, p. 14). Sob esse escopo, transações comerciais que unificam ramos de atividades empresariais gerariam maior valor para as empresas envolvidas e, portanto, possibilitariam maiores retornos gerais para a sociedade, seja em forma de diminuição de custos, seja pelo oferecimento de melhores produtos e serviços.

Ainda que as fusões e aquisições tenham diversos tópicos a serem explorados, a abordagem deste trabalho analisa-os como atos de concentração, ou seja, sob um viés atrelado à aplicação do direito concorrencial. Embora a motivação de fusões e aquisições seja justificada normalmente pela eficiência para as partes envolvidas, os efeitos anticompetitivos que a combinação das atividades empresariais pode acarretar aos mercados implicados devem ser analisados.

No Brasil, esse exercício é realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sob a autoridade que lhe é conferida pela Lei 12.529/2011 para o controle de estruturas, principalmente com base nos artigos 88 e 90. À normativa, soma-se o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicação do próprio CADE que esclarece o racional da análise antitruste de atos de concentração¹; e a Resolução nº 33, de 14 de abril de 2022, que consolidou normativas anteriores da autoridade referentes à análise de atos de concentração e esclarece conceitos como o de grupo econômico para fins da Lei de Defesa da Concorrência.

De forma geral, a aplicação do Direito Concorrencial pela autoridade antitruste avalia os impactos das condutas empresariais na concorrência. Especificamente com relação aos atos de concentração, o exercício da análise antitruste visa coibir aqueles que eliminem a concorrência substancialmente, criem ou reforcem posição dominante ou resultem na dominação do mercado relevante; e, ainda, não tenham eficiências específicas envolvidas que possam ser repassadas aos consumidores e as justifiquem.

É possível, portanto, que os atos de concentração tenham efeitos negativos e positivos de forma concomitante, cabendo ao CADE a verificação se os primeiros ultrapassam os últimos (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2016, p. 7-8), considerando que os benefícios internalizados entre as empresas envolvidas não necessariamente estarão refletidos em ganhos suficientes para o ambiente comercial e/ou para os consumidores finais e que tais operações “podem alterar a concorrência no mercado” (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 112).

Nesse aspecto, determinada transação pode estar conectada apenas com a aferição de maiores lucros pelas empresas envolvidas, sem que haja repasse de benefícios aos demais envolvidos e com prejuízo ao ambiente concorrencial. A análise prévia pela autoridade permitiria que esses efeitos fossem reduzidos, evitando a “mitigação da livre concorrência e a diminuição do bem-estar do consumidor” (ZANCHETTA, 2018, p. 75).

¹ Neste trabalho, faz-se referência à versão mais recente do Guia H, sem ignorar a importância da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2011, que estabeleceu o primeiro Guia de Análise de Concentração Horizontal, para a construção da própria Lei de Defesa da Concorrência. Quando da edição e vigência da Lei 12.529/2011, a Portaria nº 50 continuou a regular a análise dos atos de concentração horizontais até a edição do Guia H atual, em 2016, que se aproveita de experiências norte-americanas e europeias e foca na legislação vigente (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 7)

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que a concretização do ato de concentração resulta em monopólio em determinado mercado; o que pode ocorrer tanto pela aquisição de um único competidor, em casos nos quais a concentração original era já elevada, quanto pela sucessiva combinação de múltiplos agentes. Nesse cenário, em que pese a necessidade de observar-se as particularidades do caso, poder-se-ia afirmar que a empresa resultante passaria a ter poder de mercado suficiente para exercer posição dominante e, conseqüentemente, haveria a possibilidade de exercício abusivo do poder de mercado, com atuação prejudicial aos consumidores e demais agentes econômicos.

Nesse sentido, se um ato de concentração gera maior poder de mercado para um dos agentes econômicos, e produz efeitos anticompetitivos ao mercado, ele poderia ser contestado pela aplicabilidade da lei antitruste (GAUGHAN, 2007, p. 13). Assim, apenas a exposição dos motivos comerciais que levaram as partes a concretizar a operação não é suficiente para que o Estado Democrático de Direito, enquanto regulador das relações sociais, permita-a, tendo em vista os demais objetivos almejados por ele.

Explicitada a abordagem das operações de fusões e aquisições enquanto atos de concentração, é preciso também identificar o cenário específico que será estudado ao longo do trabalho, bem como quais são as problemáticas que o motivaram. Parte-se do entendimento dessas operações como alterações no mercado pela combinação de agentes econômicos, mas, para além disso, como possíveis ferramentas para evitar competição futura, ainda não estabelecida, por meio da aquisição e/ou incorporação de competidores (estabelecidos, potenciais ou nascentes). Philippon (2019, p. 10) destaca ainda como conseqüências que podem advir da falta de competição entre os agentes econômicos menores salários para os trabalhadores, diminuição de investimentos, menor produtividade, menor crescimento e, ainda, maior desigualdade.

Hoje, é impossível desassociar a discussão sobre os impactos dos atos de concentração do ambiente digital, especialmente considerando a consolidação de grandes empresas de tecnologia, cujos negócios desenvolvem-se por meio de plataformas digitais. Apesar da multiplicidade de definições que o termo pode assumir (FERNANDES, 2022a, p.91-92), ao longo deste trabalho deve-se ler plataformas digitais como modelos de negócios que congregam múltiplos agentes e funcionam como intermediários dos lados de um mercado, possibilitando conexão entre os usuários.

O crescimento de agentes desse tipo tem, ao longo do tempo, coexistido com uma abordagem que alguns autores identificam como permissiva por parte das autoridades reguladoras. Gaughan (2007, p. 13), por exemplo, identifica que as autoridades dos Estados Unidos permitiram que muitos atos de concentração fossem aprovados sem qualquer restrição, o que encontra ressonância no cenário brasileiro.

Paralelamente, é possível observar que uma das formas de entrada em novos mercados e/ou agregação de produtos e serviços às plataformas digitais já existentes é pelo crescimento inorgânico. Kwoka (2020, p. 18) ressalta que as cinco maiores empresas de tecnologia, quando consideradas em conjunto, já adquiriram mais de 600 outros agentes - e que alguns desses provavelmente tornar-se-iam competidores nos setores de atuação ou, ao menos, teriam limitado a expansão dessas empresas para outros mercados.

No Brasil, é possível citar a atuação de empresas como Magalu, que apenas no período entre 2020 e 2021 já havia adquirido 17 participantes do mercado digital (LAURENCE, SCHELLER, SCOGNAMIGLIO, 2021). Alguns autores destacam que esse comportamento representa, na verdade, uma política estratégica da empresa de contínuas aquisições com dois intuitos, quais sejam, a incorporação de negócios de varejo e *marketplaces* e o fortalecimento de infraestrutura e aceleração de inovação (SERRENTINO, 2021).

Vê-se, portanto, que os atos de concentração perpassam não somente o cenário digital no Brasil, mas também agentes com potencial inovador. Assim, deve-se questionar qual tem sido o tratamento fornecido pelo Conselho Econômico de Defesa da Concorrência (CADE) a essas operações, tendo em vista as especificidades que revestem as plataformas digitais como agentes econômicos e os desafios consideráveis à aplicação tradicional dos critérios da análise antitruste trazidos pelos mercados de competição dinâmica. Nestes, as empresas competem para oferecer novos produtos, processos ou modelos de negócios; e há a combinação de particularidades que modificam a forma de abordagem de conceitos centrais do antitruste.

Embora seja normalmente relacionada com a alta presença de tecnologia, taxas de inovação elevadas e com a necessidade de pouco capital inicial, a competição dinâmica pode ocorrer em quaisquer mercados. Por tais características, “a presença de efeitos estranhos ao preço, que podem envolver qualidade e inovação como quesitos centrais” (DOMINGUES, MIRANDA, 2021, p. 41), desafia algumas das ferramentas mais utilizadas pelas autoridades. Isso ocorre tanto no Brasil quanto em outras jurisdições, a exemplo do teste do monopolista hipotético e da definição de mercado relevante.

Bueno *et. al.* (2019, p. 1) destacam que em mercados de intensa inovação determinados ativos assumem maior valor, tais como informação e dados. A utilização deles e a alimentação constante dos sistemas das empresas digitais com o tratamento dos dados dos usuários evolui continuamente, conforme os modelos de negócios são adaptados. Cria-se, portanto, um cenário em que as novidades a serem analisadas quando do estudo de determinado mercado pela autoridade antitruste assumem posição relevante.

Importante destacar ainda o crescimento das plataformas digitais como resultante em maior poderio econômico, ou seja, maior chance de ditar os rumos dos mercados nos quais estão envolvidos, ainda que em detrimento da competitividade do ambiente. Para manter a posição de dominância, muitas vezes adquirida pela condição de pioneiro no ambiente digital, as plataformas digitais podem se utilizar de estratégias como o “preço-zero”, combinada com o uso dos dados de seus usuários. Adicionalmente, a aquisição e/ou modificação da estrutura societária de competidores potenciais, emergentes ou estabelecidos pode representar uma maneira de prevenir competição futura².

Ao adquirir um concorrente emergente ou potencial, pode-se ter o intuito de interromper o crescimento da empresa adquirida, bem como o desenvolvimento de produto e/ou serviço inovador que representaria benefício aos consumidores, a fim de evitar competição futura. Geralmente, esses atos de concentração ocorreriam em estágios iniciais, de forma que os parâmetros para análise da situação em concreto seriam ainda incipientes, dificultando o trabalho das autoridades (BUENO *et. al.*, 2019, p. 2).

Sob esse panorama, este trabalho busca responder à seguinte pergunta de pesquisa: “o CADE utiliza métodos alternativos, considerando variáveis como inovação e concorrência potencial, para a análise antitruste de atos de concentração envolvendo plataformas digitais?”. Assumindo que os atos de concentração envolvendo plataformas digitais podem representar prejuízos à competição e que sua análise envolve a apreensão das particularidades do modelo de negócios, debruça-se especificamente sobre como é realizado o exame antitruste nesses casos.

² Nesse sentido, “quando uma inovação disruptiva é inserida em um setor, as empresas que já atuam no mercado tendem a adotar algumas práticas em resposta a essa movimentação, destacando-se, para o presente caso, a decisão do *player* em adquirir parte ou integralmente a empresa que insere essa tecnologia inovativa” (VILANOVA, 2018).

A fim de esclarecimento, neste trabalho diferencia-se o levantamento de competidores potenciais da análise de rivalidade, conforme delineada no Guia de Atos de Concentração Horizontal formulado pelo CADE. Enquanto nesta última faz-se referência à análise da competição entre a empresa produto do ato de concentração e as demais instaladas no mercado sob análise (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 33), competição potencial remete à possibilidade de concorrência ainda não estabelecida no mercado, cujos efeitos para o exercício do poder de mercado da empresa dominante são de mensuração mais complexa.

Adotando tais conceitos, busca-se como objetivo principal identificar se o tratamento da autoridade brasileira do assunto tem sido suficiente pelo uso das ferramentas tradicionais, sem a necessidade de adentrar as singularidades do ambiente digital. Para tanto, passa-se pela identificação do processo de inovação nos mercados digitais, explicitando a dicotomia entre os conceitos de Schumpeter e o de Arrow sobre a relação entre inovação e concorrência, para entender sua aplicação no cenário atual.

Com relação ao percurso metodológico do estudo, parte-se da caracterização de Gil (2008, p. 2) de ciência como o conhecimento “organizado, racional, sistemático, geral, verificável e falível”. Assim, a condução de uma pesquisa deve envolver uma metodologia que possa ser averiguada e confirmada, de maneira a possibilitar que futuros investigadores refaçam os passos percorridos e atinjam resultado parecido/similar.

Neste trabalho, buscou-se racionalizar a análise de atos de concentração envolvendo plataformas digitais no Brasil, sobretudo sobre a perspectiva do crescimento das *big techs* e de seu poder econômico, tendo por objetivo entender como são tratadas as questões de inovação e rivalidade de competidores ainda não estabelecidos. Para concretizá-lo, a revisão bibliográfica pautou o escopo da investigação e a escolha do estudo de caso para abordagem do problema.

Assim, a pesquisa assumiu caráter inicialmente dogmático, voltando-se para análise das normativas do direito antitruste e concorrencial no Brasil. Em específico, o estudo debruçou-se sobre a Lei 12.529/2011 e a versão mais recente do Guia de Análises de Atos de Concentração Horizontal do CADE, analisados com base nos conceitos apreendidos por meio do levantamento de referencial teórico. Tendo em vista o caráter internacional que reveste o tema, foram utilizadas bases internacionais e nacionais de dados para escolha dos textos de base.

Estabelecida a tabela inicial de revisão bibliográfica, adicionou-se também como material para análise e revisão os textos que serviram de marco teórico para os trabalhos analisados e que, adicionalmente, pareciam se encaixar com a pesquisa a ser desenvolvida. Dessa forma, acrescentou-se ao método de revisão bibliográfica e à construção do “estado da arte” a apreensão de materiais de forma exploratória, pela seleção de novos textos a partir de uma rede de referências.

Entendeu-se pela necessidade de aferir como o Tribunal Administrativo do CADE aborda a competição potencial em atos de concentração. Admitindo-se a relação entre inovação, digitalização dos mercados e concorrência como expressas nas discussões acerca de competidores emergentes/potenciais, obteve-se uma percepção sobre as variáveis analisadas pelo CADE nesse tipo de atos de concentração. Ressalta-se que estudos inovadores têm sido conduzidos sobre como o CADE interpreta inovação no âmbito das plataformas digitais, a exemplo da pesquisa conduzida por Victor Oliveira Fernandes (2022a), que analisou julgados relacionados com o abuso de posição dominante das plataformas; entretanto, a originalidade deste trabalho é refletida na escolha dos atos de concentração como objeto de estudo³.

Assim, houve apuração e seleção de atos de concentração já examinados pelo CADE que lidam com plataformas digitais e, por classificação do sistema SEI, envolvem o tema da competição potencial. Para o levantamento dos dados foram considerados apenas os atos de concentração finalísticos⁴ (conforme classificação do próprio CADE), selecionados por meio do sistema eletrônico SEI, plataforma de pesquisa do CADE para pesquisa pública. Ressalta-se, porém, que a seleção de casos, dado o critério de faturamento para notificação obrigatória da operação, não resultou em análise de atos de concentração envolvendo empresas que ainda não possuíam faturamento expressivo, o que é explorado em seção específica.

Ao final, foram selecionados três processos administrativos, em razão do envolvimento de plataformas digitais e competição potencial, conforme filtro de seleção da própria autoridade. Para análise comparativa dos casos, reconheceu-se que são questões centrais os possíveis efeitos competitivos, a entrada nos mercados específicos e as eficiências da operação (YUN, 2020). Assim, o estudo bibliográfico, realizado pela abordagem exploratória

³ Também nesse sentido, “são também escassos os trabalhos que discutem a adequação das metodologias utilizadas no direito concorrencial brasileiro no contexto da economia digital” (FERNANDES, 2022, p. 34).

⁴ A saber, o CADE organiza seus macroprocessos em finalísticos, de suporte e de assessoramento estratégico, sendo os primeiros ligados ao controle de atos de concentração, combate a condutas anticompetitivas e difusão da cultura da livre concorrência (CADE, 2016, p. 23).

de apreensão de textos e conceitos, auxiliou a compreensão de conceitos-chave envolvidos na análise antitruste e sua aplicação aos atos de concentração envolvendo plataformas digitais.

Pela análise dos argumentos apresentados pelo CADE na aprovação das operações levantadas, infere-se também a aplicabilidade de possíveis propostas alternativas de abordagem da análise antitruste. Essa etapa está diretamente relacionada com a experiência internacional no tema, a fim de avaliar se paradigmas de outras jurisdições poderiam ser adaptados à realidade brasileira. A ideia não é que se tenha uma restrição à inovação por meio da análise antitruste, mas que se entenda as consequências da atuação de autoridade antitruste frente às especificidades dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais.

Nesse sentido, importante destacar que, no Brasil, a concorrência age como instrumento, isto é, não como um fim em si mesmo, de modo que é possível adotar como definição de direito antitruste “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência” (FORGIONI, 2013, p. 84). Assim, quaisquer soluções passam pela compreensão do ordenamento jurídico brasileiro como subordinado à ordem constitucional, o que torna a apreensão de iniciativas estrangeiras uma tarefa de adequação a esse cenário.

Somada à análise dogmática do aparato legal e regulatório vigente para aplicação do direito antitruste, o estudo de casos visa maior compreensão de como o CADE trabalha as questões centrais do estudo. Dessa forma, a pesquisa, partindo de raciocínio hipotético-dedutivo, pode auxiliar a traçar as tendências na aplicação do antitruste brasileiro frente à problemática da inovação e da crescente digitalização dos mercados, estabelecendo-se dentro do âmbito de pesquisa em ciências sociais. A partir da identificação do problema inicial e da situação geral, formulam-se conjecturas para aplicá-las ao cenário particular por meio de hipóteses prévias, testando-as frente ao panorama normativo e à atuação prática do CADE, pelo método observacional e exploratório (GIL, 2008, p. 12-27).

Não se pretende, dessa forma, estabelecer leis gerais, como seria típico das ciências naturais (GIL, 2008, p. 6), mas antever o cenário brasileiro e possíveis melhorias que possam ser implementadas. Assim, o estudo assume também um caráter de pesquisa aplicada, cujo interesse é a “aplicação, utilização e consequências práticas do conhecimento” (GIL, 2008, p. 27). Ressalta-se, contudo, que o direito antitruste é, por si, área do conhecimento que sempre será revestida por um grau de incerteza, dado que envolve necessariamente cenários preditivos e hipotéticos das consequências que os comportamentos empresariais podem ter. O papel do

pesquisador é, portanto, fornecer bases para que se tenha maior segurança jurídica em sua aplicação.

Para esquematizar a leitura, este trabalho pode ser dividido em duas partes. A primeira, composta pelos Capítulos 1 e 2, passa pelo panorama geral de inovação e dos principais conceitos envolvendo plataformas digitais. Assim, é apresentado o cenário de seu fortalecimento e das particularidades que revestem esse modelo de negócios, bem como quesitos-chave para compreender a relação entre inovação e concorrência partindo da percepção de mercados de competição dinâmica. A segunda parte, por sua vez, volta-se à compreensão das normativas aplicáveis à análise antitruste de atos de concentração envolvendo plataformas digitais, apresentando tanto iniciativas internacionais no tema, quanto os textos que baseiam a atuação do CADE no Brasil. Na sequência, os resultados do estudo dos casos selecionados são apresentados, com a identificação de como sua análise foi conduzida pela autoridade antitruste brasileira e com a apresentação de inferências específicas sobre eles. Ao final, são expostas algumas propostas para adequação da metodologia antitruste em razão do panorama trabalhado ao longo do estudo.

1. INOVAÇÃO EMPRESARIAL

Apesar de o imaginário popular normalmente relacionar inovação com a introdução de novos produtos tecnológicos nos mercados, ela pode ocorrer no ambiente empresarial de diversas formas. Mesmo a alteração organizacional e a introdução de novos modelos de gestão podem representar inovações significativas para a diminuição de custos e aumento de eficiência de determinada empresa, de maneira que a inovação pode ser identificada tanto no âmbito do próprio produto ofertado quanto pelo aspecto de como ele é ofertado. Por tais particularidades, demonstra-se, desde logo, que o processo de inovação pode se dar de formas diversas, não necessariamente estando inserido no desenvolvimento frequente de novas tecnologias e introdução de novos produtos no mercado, mas abarcando também novos modelos de negócios (TENNIS, SCHWAB, 2012, p. 307).

Assumindo-se que o modelo de negócio representa como a empresa cria, vende e transfere valor aos seus clientes, é certo que determinadas modificações podem impactar o posicionamento da empresa. Davila et al. (2007, p. 33) explicam que a inovação no modelo de negócios “é quase tão importante quanto a inovação tecnológica”, dado que pode incluir alterações na cadeia de suprimentos, na visualização de segmentos preferenciais e, por fim, na percepção pelos clientes do valor transferido a eles pela oferta dos bens/serviços da empresa, com geração significativa de ganhos e retornos financeiros.

Por vezes, é possível identificar a combinação das esferas da apresentação de novos produtos e oferecimentos de serviços, na qual o lançamento de um novo bem pela empresa é acompanhado de mudanças estruturais na maneira como ela atua no mercado. Ao final, o consumidor passa a ter uma nova visão sobre o posicionamento da empresa, o que se reflete em ganho e/ou perda de valor - e, conseqüentemente, de resultado financeiro para a empresa. Nesse sentido, a OCDE (2015, p. 2) identificou que duas são as características principais da inovação disruptiva. A primeira é que tem o potencial de alterar de forma drástica o mercado em que são inseridas e o seu funcionamento. A segunda, em linha com o exposto até então, é que não envolvem apenas um novo produto ou processo, mas podem incluir o nascimento de um novo modelo de negócio.

Tennis e Schwab (2012, p. 327), por exemplo, destacam a WholeFoods e a Wild Oats como empresas que inovaram no modelo de negócios. Ambos enquadram-se como supermercados, mas ao focar no oferecimento de produtos naturais e orgânicos (categoria que

os autores nomeiam como “*premium natural and organic supermarkets*”), diferenciam-se dos demais agentes do mercado, passando a atender uma parcela de consumidores com características diferentes. A geração de valor, nesse caso, aproveitou a mudança em hábitos consumeristas da população estadunidense que, ao cozinhar menos, comprar alimentos já preparados com maior frequência e experimentar um aumento em famílias monoparentais, com menos filhos, passou a estar mais propensa a gastar mais em alimentos orgânicos. Houve, portanto, uma oportunidade no mercado que foi percebida e explorada por determinados agentes.

Quanto à prática da inovação, entende-se que ela está intrinsecamente ligada ao empreendedorismo, comportamento que pode ser definido como a “capacidade de avistar oportunidades e criar novas formas de explorá-las” (BESSANT, TIDD, 2019, p. 21-22). O caso WholeFoods e Wild Oats demonstra exatamente isso. De pronto, novas oportunidades não se refletem apenas na criação de novos produtos, mas sim na identificação de mudanças que podem aprimorar os bens e serviços ofertados. Essa prática requer, a princípio, a identificação de como os processos da empresa são realizados; e qual o caminho até o oferecimento de seu produto para o cliente. A partir de então, torna-se possível vislumbrar alterações que gerem maior retorno.

Nesse sentido, empresas que são identificadas como casos de sucesso e cujo comportamento inovador é constantemente ressaltado representam, na verdade, agentes econômicos com a capacidade de estimular mudanças focadas e regulares. Isso significa que a inovação é direcionada, no sentido de refletir alterações que façam sentido para determinada organização; e continuamente estimulada no ambiente empresarial. Principalmente em mercados dinâmicos, além de sustentar a criatividade original, as empresas precisam acompanhar as mudanças nas tendências de mercado (TENNIS, SCHWAB, 2012, p. 346), adaptando-se. Trata-se de exercício contínuo sobre a posição que a própria empresa assume no mercado e na percepção dos consumidores, alinhada com uma disposição para reinventar tal posicionamento, caso seja benéfico e/ou necessário.

Peter Drucker (2002, p. 30-35) define inovação como o instrumento do empreendedorismo, o ato que dota recursos de nova capacidade para geração de valor. Empreendedores de sucesso buscam criar valores novos e diferentes, originando recursos ou combinando os já existentes de uma forma nova e mais produtiva. Assim, a “inovação sistemática consiste na busca intencional e organizada de mudanças e na análise sistemática das

oportunidades que elas podem oferecer para inovação econômica ou social” (DRUCKER, 2002, p. 35).

Dessa forma, a inovação visa a um aumento de qualidade, tanto em nível dos produtos e serviços ofertados, quanto dos processos internos da empresa. Bessant e Tidd (2019, p. 6-9) identificam que inovar é uma questão de:

- a. Identificar ou criar oportunidades, ou seja, enxergando possibilidades completamente novas e/ou introduzindo avanços tecnológicos radicais;
- b. Fomentar novas maneiras de atender mercados existentes, estabelecendo novas formas de servir mercados já estabelecidos e maduros;
- c. Fomentar novos mercados, identificando como e onde eles podem ser criados e estimulados, a exemplo da atuação do eBay enquanto pioneiro no mercado de leilões online;
- d. Repensar os serviços, considerando que o setor de serviços é aquele no qual ocorre a maioria das atividades, onde baixos custos de capital podem permitir oportunidades para novos entrantes e mudanças radicais no oferecimento de serviços;
- e. Atender necessidades sociais, especialmente no setor público; e
- f. Melhorar operações, incrementando a forma como a empresa e/ou organização já realiza suas atividades e coloca seus produtos no mercado.

Nessa perspectiva, a inovação é vista como um processo que pode ser organizado e gerenciado, tanto em empreendimentos novos quanto em empresas centenárias, tendo por força motriz o empreendedorismo, que move o processo por esforços individuais, equipes engajadas e redes organizacionais focadas (BESSANT E TIDD, 2019, p. 6-9). Não sem razão, os níveis de inovação estão comumente relacionados com as taxas de pesquisa e desenvolvimento (P&D) mantidos pelas empresas: o investimento na identificação de novas oportunidades resulta na manutenção e no estímulo contínuo dessa atitude nas organizações. O propósito de tais estratégias é, ao final, a criação de valor para o inovador, que pode ser expresso em termos financeiros, emprego ou crescimento, sustentabilidade ou melhoria do bem-estar social.

Vista como resultado do gerenciamento organizacional, a inovação não requer necessariamente revolução interna nas empresas para que ocorra. Ao invés, é necessária uma construção sólida de processos de gestão e organização que seja capaz de transformar ideias e esquemas iniciais em fatos e, portanto, o estímulo à inovação ultrapassa o discurso inicial de

que é produto exclusivo da criatividade de alguns indivíduos e de uma cultura criativa (DAVILA *et. al.*, 2007). Afinal, seu foco não pode ser resumido exclusivamente na criação de novas tecnologias, dado que o desenvolvimento de novos modelos de negócios e novas estratégias empresariais assume importância equivalente.

1.1. Inovação e concorrência

Entendida a inovação como resultado de uma prática organizacional focada no reconhecimento de possíveis mudanças de forma a gerar maior valor para a empresa, tem-se por consequência que ela pode ser uma vantagem competitiva para determinado agente econômico em seus mercados de atuação. Davila *et. al.* (2007) destacam que o uso da inovação pode “redefinir uma indústria através do emprego de combinações entre inovação de modelo de negócios e inovação tecnológica”.

Por redefinir uma indústria, entende-se que as práticas inovadoras podem alterar seu funcionamento, gerando vantagem competitiva e crescimento da empresa que a introduziu. Enquanto pioneiro no mercado atuando de maneira inovadora, tal agente econômico passa a influenciar os rumos de sua indústria de atuação, modificando as relações travadas até então. Na realidade, a empresa inovadora pode assumir poder de mercado, ou seja, poder econômico suficiente para atuar de forma independente e indiferente em determinado mercado, sem que a atuação de outras empresas possa acarretar prejuízos aos seus resultados (FORGIONI, 2013, p. 262-272).

Como exemplo, Davila *et. al.* (2007, p. 21-22) trazem a Apple Inc., empresa que, na percepção dos autores, foi capaz de estabelecer mudanças em componentes fundamentais do modelo dominante de negócios por meio da introdução conjunta do iTunes e do iPod. Com o oferecimento do novo produto de forma simultânea ao programa de administração de mídias digitais, a Apple Inc. redirecionou a competição da indústria, em prática similar ao que realiza até hoje, criando um ambiente de dependência entre os produtos e serviços que oferta⁵. A partir do estabelecimento da empresa como líder em seu respectivo mercado, foi possível passar a ditar os rumos do nicho de atuação de forma condizente com seus interesses.

⁵ A atualização de mídias no iPod é necessariamente feita por meio do iTunes, de forma que o usuário precisa baixá-lo para aproveitar todas as funcionalidades do produto.

Ainda assim, a manutenção da posição de liderança depende da continuidade da inovação, representada pelas mudanças contínuas dos produtos ofertados ou pela identificação de novas maneiras de ofertá-los ou de novos campos de atuação. Enquanto vantagem competitiva, a inovação deve ser fomentada e mantida, já que, a princípio, os competidores possuem estímulos de curto e longo prazo para reproduzir e/ou incrementar o produto inicial.

Sem que se tenha uma restrição nos mercados, a tendência natural é que os novos produtos e/ou serviços sejam equiparados pelos demais agentes econômicos (considerando, nesse cenário, barreiras de entrada não significativas e custos de oportunidade não relevantes), que passariam a ofertar aos consumidores outras opções. Nesse sentido, “uma inovação revolucionária não é, por si, garantia de sucesso, é apenas uma oportunidade” (DAVILA *et. al.*, 2007, p. 22), afirmação que se relaciona diretamente com a existência de um mercado competitivo, onde outras empresas podem se posicionar para ofertar produtos similares.

Cumprido destacar que a relação entre inovação e concorrência é objeto de estudo das teorias de organização industrial há muito. Sobre o assunto, duas posições prevaleceram como referência, quais sejam, a de Joseph A. Schumpeter e a de Kenneth J. Arrow. O primeiro identificou o monopólio como favorável à inovação, enquanto o segundo acreditava que um cenário de maior concorrência geraria maior inovação.

Schumpeter resume seu ponto em “Capitalismo, Socialismo e Democracia”, de 1942. Ao analisar o sistema capitalista e a noção de concorrência, o autor ressalta que a competição perfeita nunca encontrou exemplos na realidade e que, caso ocorresse, não haveria ganhos para a economia. Isso porque as grandes empresas e os monopólios são, em grande parte, os responsáveis pelas melhorias na qualidade de vida da sociedade, sendo que as práticas monopolistas facilitariam as despesas em pesquisa e o aumento de investimentos por parte dos agentes econômicos.

Tais ideias são explicadas pelo que Schumpeter (2003, p. 81-83) nomeou “Processo de Destruição Criativa”. Utilizando-se da melhoria no padrão de vida moderno observado nos períodos anteriores, que estaria identificado com o crescimento de grandes negócios, o autor explica o capitalismo como um processo evolucionário. Sendo-o, deve ser entendido como método econômico baseado na mudança constante, de forma que não caberia um entendimento estacionário do mercado e da sociedade componentes do sistema capitalista. Na visão de Schumpeter, o impulso para que ele continue vigente viria, necessariamente, da introdução de

novos bens, novos métodos de produção e transporte, novos mercados e novas formas de organização industrial.

Assim, a criação destrutiva seria processo intrínseco ao capitalismo, identificada como a revolução constante das estruturas econômicas dentro delas próprias, responsável por constantemente destruir os padrões anteriores. Para o autor, qualquer entendimento sobre a competição em determinado mercado que não considere essas características seria falho. Ao invés de identificar como o capitalismo cria e destrói suas próprias estruturas pela destruição criativa, estar-se-ia promovendo uma visão estática de como elas são no momento da análise, desconsiderando o potencial futuro de alterações; e os benefícios passados já introduzidos.

Isso ocorreria especificamente na análise pelas autoridades e estudiosos da competição nos mercados capitalistas. Para Schumpeter, continuamente eles analisam a dinâmica competitiva com base em critérios rígidos, como preço, quando na verdade as análises deveriam se voltar para a competição que introduz novidades nos mercados - o que independeria da presença de outros agentes econômicos. Nessa visão, a empresa é também sua própria competidora, visto que, por meio da destruição criativa, ocorre a inovação contínua, essencial para a manutenção do sistema capitalista.

Sob esse panorama, a relação entre competição (entendida como pressão exercida por outros agentes econômicos sobre a empresa) e inovação seria negativa; e as taxas de inovação diminuiriam com maior competição (AGHION, 2005, p. 701), porque as empresas teriam menos retorno futuro como estímulo. Não por acaso, um dos termos utilizados para expressar a noção de competição pelo mercado, ou seja, a situação na qual empresas competem para introduzir uma inovação que vise a dominância temporária do mercado é comumente referenciada como competição schumpeteriana (KATZ, 2020, p. 1). Para Schumpeter, essa predominância, e a possibilidade dos retornos futuros que a acompanham, é o estímulo que a empresa tem para inovar continuamente, o que se reverte em benefícios sociais.

Arrow (1962), por sua vez, relacionou a atividade inventiva com a produção de conhecimento, buscando compreender até que ponto a competição perfeita levaria à alocação ótima de recursos. Ao fazê-lo, o autor identificou que, sob determinadas hipóteses, a competição pode levar ao ótimo de Pareto, isto é, à situação na qual a alocação de recursos atinge a eficiência máxima possível, de forma que qualquer realocação necessariamente levaria à piora da situação de outro participante do mercado.

Um dos pontos principais da análise de Arrow é a relevância atribuída aos riscos assumidos pelos agentes econômicos: a relutância em assumir riscos leva à alocação não ótima de recursos, gerando uma situação de ineficiência nos mercados. Isso acarretaria, por exemplo, o subfinanciamento de atividades de risco, tais como a introdução de novos conhecimentos.

Especificamente quanto à relação entre inovação e concorrência, Arrow entende que para inovar, um monopolista⁶ suportaria custos de oportunidades que não existem para empresas entrantes no segmento, já que seria necessário renunciar à contínua obtenção de lucros monopolistas com os produtos/serviços já ofertados. Assim, os custos do desenvolvimento da atividade inventiva não necessariamente gerariam no futuro lucros que compensassem a alteração do *status* vigente do mercado. Os ganhos incrementais para o monopolista, portanto, poderiam ser menores do que aqueles que uma empresa em um cenário competitivo (aquele no qual a indústria produz sob condições competitivas) (ARROW, 1962, p. 619), esperaria ganhar como retorno pós-inovação (BAKER, 2007, p. 5).

Tem-se, portanto, teses econômicas contrapostas sobre a relação entre inovação e concorrência, ambas versando sobre os estímulos das empresas para adotar comportamento inovador. Enquanto Schumpeter identifica que as empresas monopolistas teriam mais incentivos para inovação, e que essa seria objeto do decorrer natural do sistema capitalista, Arrow traz a perspectiva de que a rivalidade entre os agentes econômicos estimularia a atividade inventiva.

Aghion *et. al.* (2005, p. 701-703) destacam que as teorias de organização industrial baseadas em Schumpeter identificam uma relação negativa entre competição no mercado e inovação, mas estudos empíricos posteriores, como os de Geroski (1995), Nickell (1996) e Blundell, Griffith e Van Reenen (1999), demonstram que as taxas de inovação aumentam com maior competitividade entre os agentes econômicos, havendo uma relação linear positiva entre os dois fatores. Estudos mais recentes, voltados à análise das plataformas digitais e seus impactos, levantam preocupações no mesmo sentido, assumindo que a diminuição da competitividade nos mercados tem comprometido a inovação.

Mitchell e Skrzypac (2005), por exemplo, concluem que mercados com disputa de inovação intensa tendem a ser dominados no longo prazo por uma empresa principal que, após

⁶ Importante destacar que o autor distingue a situação de monopólio temporário, na qual a entrada de novas empresas com inovações próprias não é impedida, da situação monopolista em que apenas um único agente econômico pode realizar a atividade inventiva. Assim, a existência de monopólio, para Arrow, está intrinsecamente ligada com barreiras à entrada (ARROW, 1962, p. 619).

estabelecida, tem poucos incentivos para manter os níveis de inovação iniciais que possibilitaram a assunção da posição dominante. Nos Estados Unidos, o *Stigler Center for the Study of the Economy and the State* (2019, p. 90-120) destaca as poucas perspectivas que uma empresa entrante no mercado de atuação das plataformas dominantes pode ter para o desenvolvimento de produtos e serviços inovadores. Destacando que as grandes plataformas de tecnologia se beneficiam de economias de escala e efeitos de rede (melhor explicitados em seção específica), o estudo conclui que com frequência elas poderiam assumir condutas agressivas contra rivais sem que fossem violados dispositivos da legislação concorrencial.

Nesse sentido, são possíveis situações em que as empresas dominantes repliquem a inovação de competidores ou diminuam a qualidade dos serviços ofertados aos consumidores, sem que necessariamente se tenha reflexos no preço. Mais relevante ainda a situação de complementaridade, comum aos setores nos quais as plataformas digitais estão envolvidas.

Como a base de usuários utiliza determinada plataforma com maior frequência, é comum que uma empresa entrante tenha que se adequar ao ambiente da plataforma dominante para que possa oferecer seus serviços e, ao fazê-lo, torne-se refém das condições impostas por ela (JACOBIDES, LIANOS, 2021, p. 8). Fernandes (2022a, p. 63) explica que isso pode se traduzir no efeito *lock-in*, quando uma tecnologia passa a ser vista como padrão e o mercado torna-se aprisionado (*locked-in*) a ela, dificultando a migração para novo produto ou serviço, ainda que mais avançado. Nesse cenário, ainda que a empresa entrante possua melhor tecnologia, vê-se sujeita ao ambiente da plataforma já estabelecida, o que é exemplificado pela dominância de empresas como a Amazon. Com a expansão dos serviços ofertados, a empresa criou um panorama em que as concorrentes da plataforma assumem, ao mesmo tempo, a posição de usuários (KHAN, 2017, p. 753).

A dominância das plataformas pode ser relacionada também ao acesso aos dados dos consumidores, disponíveis em maior quantidade para as empresas estabelecidas e essenciais para o desenvolvimento de novos produtos no ambiente virtual. Não raro, por exemplo, identifica-se que as empresas inovadoras, tais como *startups*, têm o destino de serem adquiridas pelas plataformas digitais dominantes, ou de não obterem sucesso com a introdução de seus produtos. Assim, existiriam poucas perspectivas de desenvolvimento autônomo de competidores para as plataformas digitais – o que leva à tendência de incorporação e/ou combinação dos agentes inovadores com empresas já estabelecidas (REINERS, 2018).

Nesse sentido, a diminuição da competitividade reduz a pressão para as empresas dominantes ofertarem produtos e serviços de maior qualidade para os consumidores, já que não há a possibilidade de que eles migrem para plataformas rivais. Além disso, identificou-se que a competição insuficiente entre plataformas digitais distorce e reduz a inovação em um setor que é responsável por grandes benefícios para os consumidores e para a sociedade (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019. p. 120). Nos mercados digitais, a falta de competitividade manifesta-se tanto no âmbito qualidade quanto em inovação, e as posições adotadas para entender o cenário remontam às diferenças de entendimento entre Schumpeter e Arrow, conforme exposto por Baker (2007, p. 4-6).

Uma via intermediária sobre a relação entre inovação e concorrência é proposta por Shapiro (2012), buscando entender qual política concorrencial seria mais benéfica para promoção da inovação. O autor não enxerga Schumpeter e Arrow como contraditórios, destacando o fator temporal entre a competição pré-inovação e pós-inovação. Antes da introdução do novo produto ou serviço, a inovação pode ser estimulada pela probabilidade de arrecadação de lucros futuros próximos aos monopolísticos. Isso significa que o agente de mercado inovador dirige seus esforços para que o cenário final seja de menos competição no mercado, de maneira que ele possa se apropriar de maior lucro. A política concorrencial pode, portanto, ter efeitos benéficos ou maléficos para inovação dos competidores potenciais, a depender de como são trabalhados os estímulos aos agentes inovadores.

Katz (2020, p. 3) explica que uma política concorrencial permissiva pode facilitar a entrada de uma empresa exclusivamente para que ela seja adquirida posteriormente pelo agente dominante no mercado. O objeto seria de evitar a dissipação de lucros derivados do produto, que ocorreria com o processo de rivalidade entre as partes envolvidas na operação, sendo o resultado a incorporação do produto ou serviço do entrante pela empresa com maior poder econômico. Outra possibilidade, ainda, é que políticas concorrenciais muito permissivas possam desencorajar a entrada de agentes inovadores.

Nesse cenário, é importante também destacar que Schumpeter coloca como conceito central de sua tese o poder de mercado *temporário*, aquele que no futuro pode ser contestado por outro agente econômico inovador. O CADE já exarou entendimento similar, destacando que em mercados com potencial inovador que possibilitem às empresas aferir vantagem sobre seus competidores, há um incentivo contínuo de que os agentes econômicos

busquem a posição de inovadores para introdução de novos produtos ou serviços para captação do lado da demanda (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2014).

Atualmente, porém, o que se tem observado é que as grandes empresas de tecnologia concentram o processo de inovação (ACEMOGLU, 2020, p. 2), diminuindo a possibilidade de que os entrantes no mercado obtenham sucesso e reduzindo a rivalidade nos mercados digitais, padrão em contrariedade à visão de que

a competição diminui os preços do mercado [...], o aumento da demanda encoraja os agentes de mercado a produzirem, investirem e contratarem. De maneira geral, ao comparar duas economias, a mais competitiva terá preços menores, maior produção, maiores taxas de emprego e maiores investimentos. Assim sendo, a competição aumenta os padrões de vida (PHILIPPON, 2019, p. 18).

Assim, a competição por destruição criativa pode ocorrer, mas por vezes requer estímulos governamentais para lidar com as barreiras que dificultam a entrada de novas empresas com ideias melhores (SCHERER, 2008, p. 38). Ao longo deste trabalho, será demonstrado que o cenário de atuação das plataformas digitais permite a configuração de novas barreiras à entrada que podem dificultar o ingresso de agentes econômicos inovadores, principalmente ao se considerar o papel dos dados na nova economia.

Assumindo a redução dos níveis competitivos e considerando especificamente a posição privilegiada de determinadas plataformas digitais nos mercados atuais e a ampliação da sua atuação para além de seus escopos tradicionais, Acemoglu (2020) destaca que o tamanho do mercado para novas tecnologias passa a depender daqueles que decidem como investir, dentro de corporações movidas por lucro. Nessa perspectiva, a introdução de novas tecnologias passaria a atender apenas necessidades específicas e a visão de empresas já dominantes, determinando as tendências futuras para a sociedade.

Quanto à aplicação do direito concorrencial, Hovenkamp, em entrevista para a MarketWatch (2019), destaca que o argumento contrário aos atos de concentração entre empresas que atuam em ramos complementares é que elas impedem o crescimento dos competidores potenciais antes que tenham a chance de obterem sucesso. A realidade, entretanto, é que os órgãos reguladores não analisam casos como esses porque não é claro como podem reduzir a concorrência a curto prazo pela fixação de preços ou redução na qualidade, sendo essa a hipótese que se estudará ao longo deste trabalho.

1.2. Inovação no século XXI e a ascensão das plataformas digitais

Apesar de os estudos sobre a relação entre inovação e concorrência remeterem ao século XX, tendo em vista o escopo abordado, faz-se necessária a compreensão do cenário atual. Nele, os mercados digitais assumem maior relevância e as plataformas assumiram posição dominante, o que leva à adequação da discussão aos novos modelos de negócios identificados.

No ápice das discussões envolvendo o direito antitruste, em 1890, as preocupações remetiam à consolidação de empresas como a *Standard Oil & Co.* e a *U.S. Steel Company*. A primeira, especificamente, eliminava concorrentes pela utilização de condutas como cartéis, preços predatórios no transporte ferroviário e no refino de petróleo, e interferência no processo legislativo; e a segunda atuava principalmente pela aquisição de concorrentes. Ambas lidavam com ativos tradicionais (majoritariamente, petróleo e aço) e buscavam atingir posição monopolista nos mercados. Sua atuação levou ao desenvolvimento da legislação antitruste nos Estados Unidos, em razão das preocupações das autoridades nacionais com os prejuízos derivados das condutas empresariais descritas. Tal legislação, por sua vez, inspirou diversos diplomas de outras jurisdições, dentre as quais está incluso o Brasil (DOMINGUES, GABAN, 2019a).

Hoje, as discussões são principalmente sobre os efeitos que empresas como *Amazon* e *Google* enquanto agentes dominantes nos mercados têm para a sociedade, sob diversos escopos (a exemplo, consumerista, de privacidade de dados, impactos democráticos etc.)⁷, demonstrando que o foco do setor de atuação das empresas predominantes foi alterado para o universo digital. Neste trabalho, adota-se o recorte da aplicação das normativas concorrenciais frente à preocupação da consolidação de poder de mercado e a influência em inovação. A princípio, porém, reflete-se sobre como as plataformas digitais vieram a assumir a posição atual.

O surgimento da *internet* mudou a forma como a sociedade moderna realiza suas atividades. Impulsionada pela Segunda Guerra Mundial, a criação de um sistema de “registro, produção, transmissão e recepção de informações e comunicação de indivíduos independentemente da posição geográfica” (CAPOBIANCO, 2010, p. 175) rapidamente evoluiu para um cenário com múltiplas possibilidades.

⁷ Sobre o tema, ver MIRANDA, PARAVELA (2022, p. 18-40).

A iniciativa precursora da internet foi a ARPAnet, voltada para conexão entre departamentos de pesquisa e entidades militares nos Estados Unidos. Nos anos 70, foram criadas ferramentas como os protocolos (a linguagem pela qual os computadores se comunicam), o TCP/IP e o IP, que permitem que os programas se comuniquem com os protocolos de transporte, transmissão e recepção de dados. A World Wide Web (www) foi o próximo passo.

A www é na verdade parte da *internet*, apesar de a maioria das interações para os usuários regulares do ambiente digital ocorrerem nela. De forma simplória, ela pode ser definida como um “espaço que permite a troca de informações multimídia através da estrutura da internet” (MONTEIRO, 2001, p. 29), sendo também considerada a rede mundial de computadores. É com a formação da www que se inicia a expansão do uso do ambiente digital (CAPOBIANCO, 2010, p. 177) e, como consequência, o desenvolvimento de empresas atuantes nesse cenário, sobre o qual, Wichowski (2020, p. 27-30) destaca as premissas éticas do “*hacker ethos*”, relacionando-o com os pioneiros na atuação digital e com as crenças comuns aos desenvolvedores quando do surgimento da www.

A princípio, o *hacker ethos* seria fundado em seis premissas, as quais explicitam os pilares nos quais os empreendedores digitais basear-se-iam. Elas seriam: (i) acesso universal aos computadores; (ii) liberdade de informação; (iii) desconfiança de qualquer forma de autoridade centralizada, combinada com a noção de que a internet deve ser um sistema descentralizado; (iv) avaliação baseada em habilidades e não em credenciais oficiais, ou seja, desvinculada de cargo ou posição exercida; (v) a possibilidade de se criar beleza e arte por meio de códigos de programação; e (vi) os computadores (e a tecnologia) devem promover mudanças benéficas (WICHOWSKI, 2020, p. 27-30).

O autor identifica traços dessas premissas nas primeiras declarações de princípios de grandes plataformas digitais. A Apple, por exemplo, em 1980 trazia como missão “Contribuir para o mundo pela construção de ferramentas para a mente que desenvolvam a humanidade”. O Google, em 1998, afirmava “Não seja mau”, enquanto o Facebook, em 2004, se baseava em “Mova-se rápido e cause disrupções”⁸ (WICHOWSKI, 2020, p. 27-30). Nas três, é possível criar uma relação com ao menos um dos pontos expressos pelo *hacker ethos*.

⁸ Todas as traduções da descrição de princípios das empresas citadas são próprias da autora.

O entendimento de que a internet deveria ser um ambiente descentralizado, com a circulação livre de informações e pouca ingerência das autoridades centrais, fomentou a visão do final dos anos 90 de que o espaço digital não poderia ser regulado. Ao contrário, a regulação pelos Estados levaria ao engessamento da administração e condução dos negócios digitais, diminuindo o ritmo da inovação experimentada até então, bem como o desenvolvimento e o fortalecimento de novas empresas e modelos de serviço (GOLDSMITH, WU, 2006, p. 3). Para os defensores dessa ideia, não seriam aplicáveis conceitos como limites territoriais e jurisdições para a internet, ambiente no qual as trocas realizadas superariam os conceitos tradicionais de oferta de bens, serviços e relações sociais.

Consequentemente, se a internet não poderia ser regulada, a responsabilização das empresas administradoras das plataformas digitais também não poderia ser realizada da forma tradicional. Prevalencia no Vale do Silício a percepção de que, sendo a internet um ambiente neutro para qualquer tipo de atividades e pensamentos, as plataformas seriam espaços públicos - e, portanto, seus administradores não poderiam ser responsabilizados pelo que ocorresse nelas. Acreditava-se que os empreendedores digitais não teriam recursos ou mão de obra suficientes para o monitoramento das ações dos usuários; e que qualquer encargo adicional importaria em bloqueios ao desenvolvimento da *internet* (FOROOHAR, 2019, p. 58).

Note-se que a percepção dos agentes econômicos digitais confundia-se com o desenvolvimento do próprio ambiente: os empreendedores, ao mesmo tempo em que ofertavam novos negócios e bens para usuários, estavam diretamente conectados com a contínua inovação dos ambientes. Os negócios digitais que se desenvolveram nessa época tinham, portanto, a característica do pioneirismo - e desde então têm sido estudados como casos paradigmáticos de aplicação de práticas de inovação, sendo que a ascensão das empresas de tecnologia deu-lhes a alcunha de *big techs*. O termo é usado para se referir, em conjunto, a determinadas empresas de tecnologia inseridas como agentes dominantes no mercado, como Amazon, Apple, Google, Alibaba e Facebook⁹, que funcionam hoje como organizadores de ecossistemas digitais.

Atualmente, tem-se estabelecido que a *internet* é ambiente passível de regulação. Especificamente no Brasil, tem-se leis como o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados, e o Código de Defesa do Consumidor, aplicados a plataformas digitais¹⁰. A mudança

⁹ Estima-se que Google, Apple, Amazon e Microsoft, por exemplo, tenham individualmente valor de mercado superior a 1 trilhão de dólares (KIRA *et. al.*, 2021, p. 2).

¹⁰ Sobre a mudança de concepção no cenário internacional a respeito da responsabilização das plataformas digitais e de seus administradores, ver Foroohar (2019).

é notável também nos princípios das empresas citadas. Para o Google, passou-se a adotar “Faça a coisa certa”; Facebook, “Mova-se rápido e com infraestrutura estável”; e a Apple, por fim, “Apple desenvolve Macs, os melhores computadores pessoais do mundo, em conjunto com OS X, iLife, iWork e softwares profissionais” (WICHOWSKI, 2020, p. 30). É perceptível um amadurecimento do entendimento dos grandes negócios digitais quanto a suas posições na *internet*.

Enquanto ambiente comercial, no qual ocorre a interação entre empresas, a *internet* associa-se à competição dinâmica, onde ocorre frequentemente a substituição de uma tecnologia predominante com poder de mercado estático por outra, aperfeiçoada e na qual as empresas envolvidas investem intensamente em pesquisa e desenvolvimento. A inovação torna-se fator central para adquirir vantagem competitiva - seja pela redução de custos ou pela introdução de novos produtos, sendo que as indústrias da nova economia se pautam em pesquisa e desenvolvimento e tecnologia intensivos (ALMEIDA, 2006, p. 69).

Por tais características, a competição dinâmica ocorre em diversos mercados (sendo exemplo frequente o farmacêutico¹¹). Especialmente quando baseada em novos modelos de negócios, a atuação das empresas da Economia da Informação e, principalmente, a consolidação do poder econômico das *big techs*, que se inserem nesse ambiente, aumenta sua relevância atual. Baseadas no “uso intensivo de novas tecnologias e plataformas de múltiplos lados” (SAITO, 2016, p. 9), a forma com que conduzem suas atividades e inserem-se nesse modelo competitivo tem levantado questionamentos quanto a conceitos tradicionais do antitruste, como mercado relevante¹² e poder de mercado.

Enquanto impacto para a sociedade (tanto para consumidores e concorrentes), Forhaar (2019, p. 179) destaca que o aumento das plataformas de tecnologia tem sido ligado à redução de novos negócios e oportunidades para empreendedores. Isso aconteceria em parte porque tais plataformas atuariam em novas linhas de negócio mais rápido do que as empresas tradicionais - e, em particular, do que as de pequeno porte, em aproveitamento contínuo da

¹¹ “A nova economia compreende indústrias com intensivos P&D e tecnologia, tais como as de software e hardware para computadores, negócios baseados na Internet, redes de comunicação, telefonia móvel e o setor farmacêutico, nas quais a competição dinâmica é uma característica fundamental” (ALMEIDA, 2006, p. 69).

¹² Sobre a definição de mercado relevante em mercados digitais, Bagnoli (2016, p. 80), destaca que a ferramenta funciona como uma análise casuística, que permite à autoridade reconhecer as características amplas de um determinado mercado, bem como os produtos e serviços presentes nele, a estrutura dos agentes econômicos e as características intrínsecas suficiente para uma análise macro da situação.

posição inicial de pioneiro no cenário digital e, principalmente, da quantidade de dados a que têm acesso.

Ressalta-se o conceito de “*first mover*”, que é relacionado aos mercados digitais no estabelecimento de produtos e serviços inovadores por determinado agente econômico e na possibilidade de futura concentração de mercado. Ao introduzir uma inovação de forma rápida e efetiva, a empresa acaba consolidando o mercado disponível (KATZ, SHELANSKI, 2005, p. 7-8), o que se conecta a características particulares do desenvolvimento de negócios digitais.

Sob esse escopo, a competição pode ocorrer para se estabelecer no mercado de forma rápida o suficiente, garantindo fluxo futuro de ganhos e tendo a rapidez como vantagem competitiva ligada às possibilidades de monopolizar o mercado de atuação (OCDE, 2002, p. 21). Considerados os efeitos de rede, é possível que uma nova empresa tenha como única opção para adentrar o mercado a criação e distribuição de uma inovação radical (*leapfrog innovation*), de forma a gerar um ciclo positivo (KATZ, 2020, p. 2), ultrapassando as barreiras de entrada já estabelecidas. Outros tipos de produtos e serviços estariam sujeitos à complementaridade com as plataformas já existentes, sujeitando-se, portanto, às regras e determinações impostas pelas empresas com posição dominante.

A Apple, por exemplo, representava em 2021 apenas 17% das vendas mundiais de *smartphones*, mas 42% da receita global ligada aos usuários dos aparelhos. Aqueles que possuem produtos da Apple passam a estar inseridos nesse ecossistema, onde os produtos (iPod, iPad, iTunes, Safari etc.) são interligados. Entrantes no cenário digital devem considerar que o acesso aos usuários desses aparelhos passa pelo sistema operacional iOS, de forma que não há escolha que não participar do ecossistema criado, já que o *tradeoff* seria a renúncia a uma parte dos usuários (JACOBIDES, LIANOS, 2021, p. 13).

Enquanto isso, as empresas já estabelecidas teriam pouco incentivo para estimular qualquer inovação que pudesse comprometer seus lucros. Quando empresas como “Facebook, Google, Amazon e Netflix demonstram pioneirismo tecnológico, fazem-no em áreas compatíveis com seus próprios interesses e modelos de negócios” (ACEMOGLU, 2020, p.2), em linha com as próprias estratégias empresariais. Ademais, importante destacar que, embora não seja esse o foco deste trabalho, a pandemia de COVID-19 ampliou o crescimento dos serviços e das plataformas digitais, bem como sua utilização (MARTINS, MIRANDA, 2021, p. 67), o que fomenta, também, a necessidade de maior entendimento acerca do tema.

2. PLATAFORMAS DIGITAIS

Conforme exposto, este trabalho adota como recorte metodológico atos de concentração envolvendo especificamente as plataformas digitais. Tem-se por premissa fundamental que, a princípio, qualquer intervenção regulatória deve ser justificada e estritamente necessária (DOMINGUES, GABAN, 2019b, p. 111-130), em respeito a princípios constitucionais como a livre iniciativa.

Dessa forma, a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência e a atuação do CADE ocorrem quando há atração da matéria concorrencial, situação na qual faz-se necessária análise específica do setor envolvido. Nessa linha, Fernandes (2022a, p. 23) reconhece que o aumento de investigações concorrenciais na economia digital requer “amadurecimento da racionalidade decisória, evitando imunizações amplas ou intervenções indesejadas”, ou seja, aprofundamento no tema para que as decisões sejam aplicadas de forma eficazes aos casos concretos.

Atualmente, as *big techs* organizam-se enquanto plataformas digitais para ofertar seus produtos e serviços, sendo que as particularidades que as revestem devem ser analisadas com maior profundidade para a compreensão das dificuldades envolvidas na formatação de seus ecossistemas. Enquanto agentes inovadores, foi já destacado que as plataformas digitais hoje vistas como dominantes tiveram como vantagem competitiva o caráter de *first mover*, ou seja, a apresentação de uma inovação relevante, e, a partir de então, a consolidação de sua posição no mercado. No Brasil, são exemplos a iFood (plataforma de entrega de refeições e produtos alimentícios), a OLX e outras - melhor detalhados quando da análise dos precedentes tratados pelo CADE.

De forma resumida, as plataformas eliminam o intermediário nas relações comerciais, conectando diretamente seus usuários (que podem ser tanto consumidores quanto fornecedores), o que torna os lados dos mercados digitais intrinsecamente conectados. Como o foco da plataforma é a interação entre duas ou mais partes do mercado, a empresa alocará esforços de captação e investimento em todas as pontas envolvidas na relação comercial. Ao fazê-lo, promovendo a conexão de interesses distintos, as plataformas assumem um caráter transacional (MARTINS, MIRANDA, 2021, p. 72), substituindo o modelo tradicional de oferta de bens e negócios.

Essa característica, quando associada a outras particularidades do funcionamento das plataformas digitais, amplia a possibilidade de controle sobre o comércio, o setor de comunicações e o discurso público (BAGNOLI, 2020, p. 903), dado que, quanto mais inseridas no cotidiano de seus usuários, mais necessárias e/ou úteis tornam-se as plataformas para eles, ampliando sua permeabilidade. Como destaca a *Federal Trade Commission* (2019, p. 2), os consumidores passaram a esperar que exista um aplicativo digital disponível para a maioria das atividades cotidianas, sendo que as plataformas particularmente obtiveram sucesso na nova economia digital ao diferenciar os serviços ofertados e aumentar sua presença na rotina dos usuários.

Apesar das repercussões da atuação das grandes empresas de tecnologia em outros setores, o recorte adotado aborda apenas seu aspecto concorrencial, e, de forma mais restrita, a relação com os estímulos à inovação e potenciais barreiras a competidores entrantes, trabalhando conceitos como competição potencial. Ressalta-se, portanto, o posicionamento de tais empresas no mercado como agentes dominantes.

Com a digitalização intensiva das sociedades e o papel que os dados assumiram na economia digital, o poder das plataformas digitais aumentou, dado que a captação e tratamento das informações refletiram em maior valor econômico. A congruência desses fatores tornou as plataformas digitais verdadeiros gigantes globais: em agosto de 2019, os maiores participantes do mercado mundial tinham valor de mercado superior a quatro trilhões de dólares (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 6).

Em 2020, Microsoft, Apple, Amazon, Google, Facebook, Tencent e Alibaba representavam sozinhas dois terços do valor total de mercado das 70 maiores plataformas do mundo (BAGNOLI, 2020, p. 904), o que representa um primeiro indício de concentração econômica no mercado digital. A atuação dessas empresas, portanto, reclamaria já atenção das autoridades concorrenciais, a fim de antever potenciais danos à concorrência e garantir que os benefícios advindos das plataformas digitais e outras inovações tecnológicas sejam aproveitados integralmente (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2019, p. 2) pela sociedade.

Durante a pandemia de COVID-19, o aumento do setor digital foi exponencial, impactando também a utilização das plataformas digitais enquanto forma de comunicação e relações comerciais em momentos de isolamento social. Essencialmente, as plataformas digitais não estão limitadas a barreiras geográficas para exercerem suas atividades, o que possibilita maior alcance dos usuários. Combinado com o avanço rápido da economia digital, o impacto

das plataformas tornou-se um dos “mais significativos, demandantes e instigantes desafios enfrentados por reguladores e autoridades concorrenciais ao redor do mundo” (BAGNOLI, 2020, p. 903), e diversos estudiosos têm se desdobrado sobre os impactos das *big techs* nos mais diversos âmbitos da vida cotidiana.

Este capítulo propõe apresentar os conceitos fundamentais que serão abordados quanto ao funcionamento e organização dos modelos de negócios das plataformas digitais como mercados de dois ou múltiplos lados, bem como a evolução de seus ambientes para ecossistemas digitais e os efeitos disso para as empresas entrantes. A partir de então, tem-se a definição de conceitos como efeitos de rede, *big data*, a utilização de dados dos usuários e a criação de barreiras de entrada significantes para potenciais entrantes como vantagens na competição “pelo” mercado que passa a se desenvolver nos mercados digitais.

O objetivo, portanto, é a apresentação dos desafios que a combinação das particularidades das plataformas digitais acarreta para o entendimento das autoridades concorrenciais quanto à aplicação dos conceitos tradicionais do antitruste aos atos de concentração que envolvam esses agentes, traçando um norte para as inferências que serão construídas ao longo deste trabalho.

2.1. Conceitos fundamentais

O termo plataforma digital carece de uma definição consistente na literatura - empresas diferentes podem ser caracterizadas como plataformas em ambientes diversos (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 7). Aqui, ele se refere às empresas de tecnologia que adotam esse modelo de negócios para ofertar seus serviços e produtos e, de maneira geral, ao caráter de transação que envolve tal atividade.

O caráter transacional, por sua vez, significa que as plataformas digitais conectam dois ou mais lados de um mesmo mercado, identificando interesses congruentes entre diversos usuários e fornecendo um ambiente virtual para que a transação ocorra. Atualmente, a ascensão das *big techs* relaciona-se diretamente com sua apresentação como plataformas digitais, nas quais a criação e manutenção de uma base de usuários é característica essencial para manutenção e expansão da predominância no mercado.

O escopo é, ao final, o de analisar o impacto da atuação desses agentes sob o aspecto concorrencial. Como já ressaltado, a interferência das plataformas digitais pode ocorrer em cenários diversos - envolvendo, por exemplo, preocupações com a disseminação de informações falsas e impactos para regimes democráticos; mas tais temas correlatos não serão abordados; de forma que representam caminhos para pesquisas futuras.

Para que se possa compreender o funcionamento das plataformas digitais como agentes econômicos, é preciso compreender que a atuação delas nos mercados digitais combina determinadas características que podem representar importante vantagem competitiva. São essas: (i) efeitos de rede; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) custos marginais próximos a zero; (iv) retornos altos e exponenciais ao uso de dados; e (v) baixos custos de distribuição, que permitem um alcance global (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 7-8).

A presença de efeitos de rede é fundamental para as plataformas, pois significa que, quanto maior a base de usuários, melhor o serviço e/ou bem ofertado tornar-se-á para outros usuários. Em outras palavras, as vantagens associadas a determinado produto para o usuário aumentam conforme mais pessoas o utilizam/consomem (KLEMPERER, 2005).

Assumindo que a plataforma digital reúne interesses convergentes - como, no caso da iFood, restaurantes e consumidores - quanto maior for a presença de representantes de um dos lados do mercado, maior será o valor da plataforma como ferramenta para o outro lado do mercado. Por essa dinâmica, a base de usuários tem tendência de crescimento - são os efeitos de rede que justificam, por exemplo, discussões sobre a essencialidade de plataformas como o Facebook enquanto redes sociais; ou como ambiente para que outros agentes econômicos exerçam suas atividades¹³.

Adicionalmente, dizer que um negócio e/ou mercado apresenta economia de escala significa que, quanto maior o tamanho do agente econômico e o volume de sua oferta, menores serão seus custos para aumentar a produção, dado que o custo por unidade adicional será reduzido, ou seja, “o custo total médio de longo prazo cai com o aumento da quantidade produzida” (MANKIWI, 2009, p. 283). Para as plataformas digitais, como não há custos adicionais relevantes para o alcance de novos usuários e/ou produção dos bens ofertados (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021b, p. 11), já que o

¹³ Sobre o tema, ver BAGNOLI, 2020.

ambiente já foi construído como produto principal, a empresa pode ampliar sua atuação. Na verdade, quanto maior seu tamanho e o número de usuários que a utiliza, menor o custo para ampliação da capacidade de alcance. Dessa forma, a produção em grande escala gera benefícios para a empresa.

Isso se conecta às características (iii) e (v) acima, ou seja, aos custos marginais próximos a zero e à distribuição global mediante baixo custo. Para que seus serviços sejam ofertados a novos consumidores, as plataformas digitais possuem pouquíssimo custo adicional, dado que o ambiente digital será o mesmo e está já estabelecido. Similarmente, como são construídas e mantidas aproveitando a *internet*¹⁴, ambiente que não se limita às barreiras geográficas tradicionais, as plataformas têm a possibilidade de oferecer seus produtos a usuários de forma global (desconsiderando, nesse ponto, eventuais restrições políticas). O mercado, portanto, é territorialmente amplo.

Por sua vez, economia de escopo refere-se às vantagens que existem pela produção do conjunto de bens e serviços, ou seja, pelo oferecimento de produtos complementares. As economias de escopo são baseadas no uso comum e recorrente de *know-how* próprio da empresa, ou de um recurso físico especializado e indivisível que possibilita a ela assumir a característica de ser “multiproduto”. Dessa forma, ocorre a diversificação dos segmentos em que a empresa atua com o aproveitamento de conhecimento próprio ou outros recursos internos para dois ou mais processos produtivos (TEECE, 1980, p. 223-224).

Zhou (2011, p. 8) exemplifica com o caso IBM. Nos anos 80, a empresa desenvolveu-se no segmento de computadores pessoais e, a princípio, separou a atividade de sua linha de atuação principal (computadores *mainframe*). Contudo, com o crescimento do segmento dos computadores pessoais, a IBM percebeu que poderia atingir economias de escopo ao estimular a compatibilidade dos dois segmentos em termos de componentes (produzidos internamente) e design¹⁵. A ideia seria tanto a redução de custos quanto o desenvolvimento de uma vantagem competitiva com relação aos serviços ofertados pelos concorrentes.

No caso das plataformas digitais, tem sido rotineiro identificar que o negócio se inicia com um único propósito e, após, é continuamente ampliado. Tomando por exemplo a

¹⁴ Nesse sentido: “Embora, como dito, as plataformas de múltiplos lados já se fizessem presentes em setores econômicos tradicionais, a internet ampliou o uso dos modelos de negócios em domínios antes fortemente baseados em estruturas de vendas descentralizadas” (FERNANDES, 2022, p. 90).

¹⁵ A autora ressalta, contudo, que a estratégia da IBM falhou, dado que os custos de compatibilidade *backward* (compatibilidade dos novos produtos com as versões anteriores) impôs restrições técnicas e produtivas no segmento de computadores pessoais (ZHOU, 2011, p. 8).

Meta (antigo Facebook): inicialmente uma rede social, a plataforma expandiu sua atuação para *marketplace*, instituiu inclusive aplicativos de relacionamentos, e tem planos de continuar o aumento de seu alcance¹⁶. No cenário de economia de escopo, a empresa beneficia-se pela incorporação de produtos e bens complementares, aproveitando o conhecimento e recursos que já possui; e apresenta melhores retornos financeiros pela produção conjunta.

As economias de escopo são amplificadas para as plataformas digitais pelo tratamento dos dados de seus usuários¹⁷. Como os negócios digitais pautam-se neles para construção dos ambientes para o oferecimento de seus serviços e pelo fato de a base de usuários de um lado do mercado estimular a entrada dos usuários dos demais lados do mercado, as plataformas podem aumentar de forma significativa a obtenção de dados. Assim, é possível sua utilização para aprimorar seus ambientes e aumentar a rentabilidade, incluindo, por exemplo, estratégias para que os usuários passem mais tempo em suas estruturas e estejam mais expostos ao conteúdo apresentado. Conforme se destaca adiante, por vezes a obtenção e tratamento de dados atua também como barreiras à entrada de concorrentes.

Combinados, esses fatores fazem com que os mercados digitais estejam sujeitos ao *tipping*, fenômeno pelo qual naturalmente há a tendência para que um único agente econômico passe a ser predominante e domine o mercado. Essa característica é igualmente tratada na literatura como “*winner takes all markets*”. Nesse caso, dificilmente uma empresa entrante poderia ultrapassar as barreiras representadas pela economia de escala e pelo controle dos dados dos usuários, já que provavelmente não conseguiria retornos de uma maneira eficaz e rentável que justificassem a entrada ou atuação no mercado já dominado.

Assim, a característica de *winner-takes-all* dos mercados digitais pode significar que alguns deles terão, efetivamente, poucas empresas com grande parcela de mercado e poder político. Um exemplo seria o mercado de provedores de pesquisa, no qual os retornos crescentes conforme a escala favorecem o fortalecimento de um único provedor (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 7-29), constituído na figura do Google.

¹⁶ O site da empresa traz como objetivo, por exemplo, a construção do metaverso, com o desenvolvimento de novas tecnologias (META, 2022).

¹⁷ Nesse sentido, Carvalho e Frazão (2019, p. 43) trazem: “[...]. Na atual conjuntura de desenvolvimento tecnológico, não há como se tratar da economia das plataformas sem que seja levado em consideração o papel dos dados, transformados em informação a partir das poderosas ferramentas de processamento detidas pelos grandes agentes econômicos”.

Nesse tipo de mercado, após a inovação e o estabelecimento da empresa como predominante, é possível que a atuação da autoridade antitruste requeira intervenção para estimular competição no mercado de produtos antes da introdução da inovação. Ao se aproveitar de características como os efeitos de rede e as economias de escala, as empresas pioneiras dificilmente terão sua posição desafiada (BAKER, 2007, p. 24-28), de forma que o cenário para inovação posterior ao estabelecimento é prejudicado.

Por isso, é importante reconhecer que nos mercados em que tais particularidades são combinadas, pode-se falar em competição *pelo* mercado; e não competição *no* mercado. Isso significa que a tendência é que as empresas compitam para atingir posição dominante posterior, que seria duradoura. Especificamente no âmbito dos atos de concentração, em situações nas quais a entrada em determinado setor de atuação requer o investimento de custos irre recuperáveis no desenvolvimento de um produto, a tendência é que as empresas realizem uma fusão ou aquisição de suas atividades; ou, caso contrário, compitam pelo mercado de forma que, ao final, ele seja monopolizado e os demais competidores cessem suas atividades nesse ambiente (KATZ, 2020, p. 3).

Dessa forma, reconhece-se que há, nos mercados digitais, o fortalecimento de barreiras à entrada para entrantes. Ao agir como *first mover*, ou seja, como pioneiro em seu setor de atuação, a plataforma aproveita-se da captação primária de um lado do mercado, que fomenta a formação do outro (MARTINS, MIRANDA, 2021, p. 76) e, conseqüentemente, a manutenção da relação entre eles, bem como facilita a captura e tratamento de dados dos usuários que sustentam a posição dominante. Novas entradas, portanto, devem considerar custos consideráveis para que ocorram e, ao final, podem ter por objeto a realização de um ato de concentração com a plataforma já estabelecida.

2.2.O uso de dados e potenciais impactos de atos de concentração envolvendo plataformas digitais

Considerando as características das plataformas digitais explicitadas e, especialmente, a vantagem competitiva que a combinação delas, aliada à posição de *first mover* em determinado mercado, pode representar, ressalta-se seu caráter transacional. Na realidade, os modelos de negócios baseados em plataformas digitais conectam dois ou mais lados de uma relação, que passam a interagir por meio do ambiente virtual.

Assim, as plataformas podem ser vistas como *gatekeepers*, ou seja, “guardiãs” da interação entre os agentes interessados. Como eles passam a ser dependentes dos serviços ofertados para contatar os outros lados do mercado, tem-se uma situação que facilita a dependência dos usuários, o que pode levar a vantagens indevidas e desproporcionais (CARVALHO, FRAZÃO, 2019, p. 36).

Essa mecânica é facilitada pela configuração das plataformas digitais como estruturas de rede, que se aproveitam dos efeitos e externalidades característicos dessa organização. Adotando o conceito de efeitos de rede como o “fenômeno pelo qual a utilidade que cada usuário afere aumenta conforme o número de participantes da rede também cresce” (KATZ, SHAPIRO, 1985, p. 424), tem-se que a externalidade de rede se traduz em valorização da plataforma pelo maior número de usuários.

Tal dependência facilita, ainda, a captação de dados pelas plataformas digitais, que serão posteriormente utilizados tanto para tornar seu ambiente digital mais atrativo para o consumidor quanto para a própria remuneração desses agentes econômicos (baseada, principalmente, na personalização de anúncios para os usuários). Com o tratamento adequado dos dados, tem-se potencial econômico relevante para sua utilização - de maneira que os usuários da plataforma, ainda que não desembolsem quantias pecuniárias para o uso, as remuneram com a cessão de seus dados pessoais. Esses, por sua vez, serão utilizados também para permitir que os anúncios de publicidade, forma clássica de remuneração das plataformas, tornem-se mais direcionados para cada grupo focal.

Considerando os efeitos de rede e a dependência das plataformas, o usuário acaba enfrentando altos custos para troca do ambiente digital, especialmente porque, de forma geral, suas relações acabam sendo travadas por meio desses agentes econômicos. Assim, a dominância das plataformas relaciona-se aos efeitos de rede, custos de troca elevados, e habilidade de extrair, controlar e analisar dados. Além disso, a função que assumem enquanto *gatekeepers* pode indicar que algumas plataformas, ao expressar tais características, seriam infraestruturas essenciais (BAGNOLI, 2020, p. 904).

Do ponto de vista da concorrência, dificilmente uma nova empresa teria acesso à mesma quantidade de dados e à base de usuários da plataforma já dominante. Além disso, é possível que os algoritmos das empresas estabelecidas sejam utilizados para impor barreiras à

entrada a novos agentes econômicos¹⁸. Para os usuários, os altos custos de troca tornam-nos dependentes da utilização do ambiente virtual da plataforma - por vezes, para realizar atividades rotineiras, como contatar pessoas nas redes sociais ou solicitar refeições. Até mesmo para os agentes públicos, a estrutura das plataformas pode representar uma ferramenta para acesso e fomento de novas ferramentas, com base nos dados levantados.

Ao considerar a posição dominante dos agentes já estabelecidos e os fatores que facilitam sua dominância duradoura no mercado, tem-se uma conexão direta com a manutenção do poder econômico pelas plataformas digitais. Ele é explicitamente facilitado pela integração delas à economia movida a dados e, em específico, aos modelos de *big data*, referência ao armazenamento, manipulação e análise de bancos de dados, que possibilitam processamento de grande volume e variedade de dados de forma ágil¹⁹ (SASSAKI, 2019, p. 56).

Embora os dados possam ser caracterizados como bens não rivais e não excludentes - ou seja, a utilização dos dados por um agente não impede que outros os utilizem e não acarreta redução de sua disponibilidade (MANKIW, 2009, p. 224) - a capacidade de tratamento e os efeitos de rede favorecem a manutenção das plataformas já estabelecidas como detentoras do valor econômico dos dados e *gatekeepers* dessas informações. Como o modelo de remuneração é baseado no tratamento e utilização dos dados, há um incentivo para que as plataformas não os compartilhem, adotando comportamentos excludentes para potenciais competidores.

A captação e tratamento dos dados pessoais dos usuários das plataformas permite, por exemplo, a publicidade personalizada direcionada especificamente a determinados grupos de consumidores. Quinelato (2022, p. 56-57) explica que a técnica de criação de perfis, chamada de *profiling*, é forma de tratamento automatizado dos dados pessoais do usuário, a fim de identificar suas características e comportamento e resumi-las, para utilização por terceiros para tomada de decisões.

A autora destaca que o avanço da tecnologia permite que os anúncios sejam direcionados aos usuários mais propensos a realizar a aquisição do bem ofertado, e que a

¹⁸ Veja-se a condenação do Google pela Comissão Europeia em 2017, por abuso de posição dominante caracterizado pela alavancagem proposital de sua ferramenta de comparação de produtos (*Google Shopping*) em detrimento de outras (EUROPEAN COMMISSION, 2017).

¹⁹ Nas palavras de Bagnoli (2016, p. 73), “o *big data* pode ser entendido como a habilidade de coletar, processar e analisar um grande volume e variedade de dados em tempo suficiente para obter informação que possibilite ao detentor a capacidade de estabelecer estratégias de negócios” (tradução livre). De forma similar, “denomina-se *big data* o conjunto substancial ou massivo de informações independentemente de serem estruturados, ou seja, que já estejam em suporte pesquisável ou não” (BAPTISTA, 2019, p. 20).

formação do perfil de consumo do indivíduo é realizada a partir “das buscas realizadas, os artigos e notícias lidas, as compras efetuadas, os websites visitados, os dados cadastrados em plataformas e redes sociais” (QUINELATO, 2022, p. 62). Assim, quanto maior o nível de atividade do usuário na plataforma, mais informações ela poderá acessar, oferecendo aos anunciantes a possibilidade de ofertarem seus produtos e serviços de forma focada.

Essa dinâmica representa uma das formas mais comuns de remuneração das plataformas digitais e, considerando que os lucros decorrentes de tipos diversos de dados podem estar aumentando (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 29), tem-se um cenário que favorece as empresas já estabelecidas no mercado. Mediante a consolidação delas na rotina dos usuários, os anunciantes têm poucos estímulos para realizar uma troca ou investimento em novos ambientes virtuais.

No que tange à remuneração das plataformas digitais, Carvalho e Frazão (2019, p. 35) explicam que, a princípio, a situação da aparente gratuidade aos consumidores remete ao “problema do ovo e da galinha”. Como precisam que a base de usuários cresça para aproveitarem os efeitos de rede, as plataformas costumam optar pela atração de um dos lados do mercado sem contrapartida pecuniária pela utilização de seus serviços para atrair os demais de forma remunerada - é o caso, por exemplo, das redes sociais e dos anunciantes. Por exemplo, os usuários individuais do Facebook não pagam pelo acesso, mas as empresas que desejam focar seus anúncios em determinados grupos fazem-no. De forma indireta, os consumidores pagam pelos serviços por meio da extração e tratamento de seus dados pessoais: quanto maior a base de dados disponível, maior o incentivo para que se tenha número alto de anunciantes.

Como consequência, a tendência é que o poder econômico das plataformas que utilizam técnicas de *big data* com sucesso seja mantido no mercado de atuação. Para os competidores potenciais, tais características da economia movida a dados podem representar um impasse adicional para sua entrada. Ao final, os dados captados são de uso majoritário da plataforma estabelecida a partir das bases de dados construídas com os dados de propriedade dos usuários, que os fornecem às plataformas.

Essa estrutura pode barrar o acesso a competidores e/ou outros usuários, ainda que as legislações de proteção de dados garantam o acesso ao seu titular. Há que se reconhecer essas particularidades sob a ótica de aplicação do direito às relações travadas no ambiente digital -

para o direito concorrencial, especialmente em atos de concentração que envolvem plataformas²⁰.

A dinamicidade dos setores digitais e a importância de assumir uma posição de pioneiro nesse ambiente levou alguns autores a defenderem que os agentes econômicos requerem uma atitude mais agressiva como estratégia empresarial (BOISSIN, FREITAS, MARTENS, RAMOS, 2013, p. 225) - seja para entrar em determinados mercados, seja para manter a posição dominante. Enquanto agentes de mercado estabelecidos, as plataformas digitais têm consolidado suas posições por diversas estratégias. Bagnoli (2020, p. 904) explicita que elas envolvem a aquisição de competidores potenciais, o aumento no oferecimento de produtos e serviços complementares ao principal, parcerias com empresas líderes nos mercados tradicionais e o aumento da influência sobre legisladores e reguladores - nacional e internacionalmente.

Nesse contexto, atos de concentração poderiam ser uma maneira de viabilizar o aumento de eficiências. Como abordado por Tennis e Schwab (2012, p. 329-321), principalmente em mercados dinâmicos eles podem ser uma ferramenta para entrada e saída fácil de investidores, o que estimularia a atividade empresarial e, em consequência, práticas de inovação. Na perspectiva dos autores, a possibilidade de um ato de concentração futuro seria o estímulo para que o agente econômico inovador desenvolvesse a atividade inventiva (no escopo produto ou no escopo serviço)²¹. Para os investidores iniciais, a venda futura de uma empresa por valor que superasse o capital aplicado seria um retorno que incentivaria a prática de fomento aos agentes inovadores que ainda não se estabeleceram nos mercados, diminuindo a percepção de risco, fornecendo clara opção de saída do investimento inicial.

Considerado, contudo, o cenário de captação de dados e tratamento de informações obtidas dos usuários das plataformas, atos de concentração que as envolvem podem representar, na verdade, um comportamento predatório de aquisição de empresas menores para expansão da atuação a novos mercados, sem passar pelo escrutínio das agências reguladoras (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 9). O poder

²⁰ Em situações prévias, o CADE já ressaltou que a caracterização de plataformas como mercados de múltiplos lados pode levar à ocorrência de fenômenos como o *tipping* (CADE, 2020a).

²¹ Kwoka (2020, p. 84) destaca que “a própria ação de inovar está intimamente ligada ao futuro. No ambiente empresarial, essa capacidade pode representar a dominação rápida de um mercado, especialmente porque os efeitos de atos de concentração ligados a qualidade, custos, variedade, pesquisa e desenvolvimento e inovação são tipicamente valorizados pelos consumidores e, dessa forma, representam variáveis de importância estratégica para as firmas.”

econômico, nessa situação, facilitaria a extensão também da posição dominante, com maior captação de dados e coleta de informações (SWARTZ, 2019), alimentando um ciclo de consolidação das empresas incumbentes.

Além disso, estudos mais recentes têm demonstrado que investidores relutam em aportar recursos em empresas inovadoras que atuam nos mesmos segmentos que as plataformas digitais e que competiriam diretamente com elas. Esses mercados, inclusive, chegam a receber a alcunha de “*kill zones*” (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 9), pela baixa probabilidade de que as empresas neles entrantes obtenham sucesso.

Ainda, a economia de escopo presente nos modelos de negócios das plataformas digitais faz com que esses agentes econômicos possam obter maiores margens de lucro se realizarem a incorporação de negócios complementares; ou posicionarem-se no mercado como um gargalo de acesso em parceiros e consumidores (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 30). Por essas estratégias, as plataformas mantêm sua predominância nos mercados, aumentando as barreiras de entrada para novos competidores que, caso queiram atuar em segmentos complementares, estarão sujeitos às condições estabelecidas pelas empresas já consolidadas; ou impedidos de oferecer seus produtos e serviços - ainda que estes pudessem representar uma melhoria na qualidade ofertada ao consumidor final.

Dessa forma, a realidade da atuação das plataformas digitais parece contradizer os cenários preditivos descritos por Tennis e Schwab (2012). Ao que tudo indica, o panorama atual é de maior concentração econômica e maiores barreiras à entrada, sem que necessariamente os consumidores afirmem os benefícios que seriam gerados por eficiências e sinergias derivadas dos atos de concentração. Deve-se considerar também que a pandemia de COVID-19 fortaleceu o poder econômico das *big techs* e a dependência que a sociedade tem de seus serviços (BAGNOLI, 2020, p. 904), já que o isolamento social fez com que os mercados digitais e as redes sociais assumissem papel ainda mais central na rotina de seus usuários.

Para os usuários consumidores finais, o aumento do poder econômico pode se manifestar através de menor qualidade, menor proteção da privacidade, menos criação de negócios e entradas nos mercados envolvidos, menor variedade de visões políticas e, ainda, menores investimentos em inovação (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 8). Há, portanto, a possibilidade de efeitos negativos

suficientes na atuação das plataformas digitais para que elas sejam consideradas como problemas jurídicos relevantes sob a ótica concorrencial. Especialmente, foram levantados alguns potenciais impactos dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais; sendo esse o ponto de aprofundamento e recorte da pesquisa, conforme exposto nas seções seguintes.

2.3.Desafios das plataformas digitais a conceitos tradicionais do antitruste

O modelo de negócios das plataformas digitais, ao combinar diversas particularidades que podem representar vantagens econômicas, tem fomentado discussões a respeito da aplicabilidade de conceitos tradicionais do direito concorrencial. Mais especificamente, são questionadas neste trabalho as normativas para análise dos atos de concentração em situações envolvendo esses agentes econômicos e as metodologias do exame antitruste realizado para sua aprovação ou reprovação pelo CADE.

Como destacou a Federal Trade Commission (2019, p. 3), a disrupção tecnológica mais recente - instigada em grande parte pelas plataformas digitais - incrementou essa discussão, principalmente pela mudança rápida que ocorre nos mercados caracterizados por mudanças tecnológicas. Reconhece-se que a atuação jurídica requer cada vez mais posição interdisciplinar em uma sociedade digitalizada, principalmente frente à introdução frequente de novas tecnologias.

Assim, são apresentados a seguir alguns dos principais conceitos utilizados na análise antitruste tradicional de atos de concentração; e quais os desafios que a atuação das plataformas digitais traz. O objetivo da seção é esclarecer os conceitos iniciais adotados para formulação das propostas de adequação à metodologia utilizada atualmente pelo CADE.

2.3.1. Mercado relevante

O primeiro conceito a se destacar é a definição de mercado relevante - desafiada principalmente pela captura e tratamento de dados pelas plataformas. Trata-se da aferição do mercado de atuação da empresa envolvida na análise antitruste - sob o escopo produto e sob o escopo geográfico.

Nas palavras de Domingues e Gaban (2016, p. 87), a definição do mercado relevante é utilizada para a delimitação do “universo material e territorial sobre os quais se estabelecerá a avaliação antitruste”. Nessa atividade, serão consideradas também a dimensão da oferta e a dimensão da demanda, ou seja, a relação travada entre consumidores e fornecedores em determinado mercado para identificar as influências a que cada lado está sujeito. A ideia é que se possa identificar a menor limitação possível do mercado de atuação do agente sendo analisado.

Ao se avaliar o mercado relevante sob o escopo do produto, busca-se aqueles que poderiam ser concorrentes pela substitutibilidade - ou seja, que seriam valorizados pelos consumidores de forma similar se fosse necessária a substituição do produto. Assim, caso o produto fosse retirado do mercado ou tivesse seu preço aumentado acima do que os consumidores estariam dispostos a pagar, haveria uma migração da demanda para os produtos substitutos. Seria possível, portanto, identificar se o agente econômico possui uma posição dominante no mercado em questão e, nesse caso, se o consumidor encontraria outras opções além das ofertadas pela empresa, ou estaria sujeito a comportamentos unilaterais do agente econômico para manter o acesso ao produto e/ou serviço em questão.

Sob o aspecto geográfico, a aferição do mercado relevante busca identificar o limite da área de atuação do agente econômico, ou seja, a partir de qual território os consumidores buscariam serviços/produtos de outras empresas se ocorresse um aumento de preços. Forgioni (2013, p. 214) o define como “a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada restritiva” e “o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas”²², ou seja, o ambiente no qual as relações de consumo e concorrência analisadas no caso em concreto pela autoridade antitruste são travadas.

Pela combinação dos aspectos geográficos e de produto, tem-se um cenário em que a autoridade reconhece o mercado de atuação da empresa em questão. A partir de então, seria mais simples definir se as condutas são abusivas; se determinado ato de concentração terá efeitos negativos aos consumidores e/ou à concorrência; se os preços praticados são superiores à média do mercado etc.

²² É comum explicar o espaço geográfico com o exemplo das padarias. Ainda que uma padaria seja reconhecida pela qualidade de seus pães e produtos, é improvável que os consumidores de outros bairros e/ou municípios encarem distâncias consideráveis para que tenham acesso a eles. Nessa situação, o mercado geográfico seria limitado pelo bairro de atuação.

A princípio, é necessário reconhecer que, já sob o aspecto geográfico, a atuação das plataformas digitais é de difícil aferição para as autoridades. Seus serviços são oferecidos pela *internet* e costumam não ter limitações claras de alcance. Note-se, por exemplo, que se determinado consumidor escolhe substituir o Google como sua ferramenta de buscas, a delimitação territorial não seria o motivo principal para fazê-lo, dado que o alcance da plataforma é global. O mesmo ocorre com plataformas em outros setores – como o Facebook e outras redes sociais.

Também é necessário considerar que as plataformas digitais se estruturam como mercados de dois ou múltiplos lados. Assim, qualquer análise do mercado em que ocorrem as relações concorrenciais precisa identificar os usuários de todos os lados envolvidos, bem como os concorrentes para cada um deles. Há, desde logo, um nível de complexidade adicional a ser considerado. No caso Facebook, iniciado pelo *Bundeskartellamt*, autoridade concorrenciais da Alemanha, em razão da combinação dos dados captados por diversos produtos do grupo Facebook (hoje, sob a alcunha de Meta), o enquadramento do mercado relevante considerou tanto os usuários privados quanto anunciantes, editores e desenvolvedores, identificando as formas de uso e valor que a plataforma representava para cada grupo envolvido²³ (BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 3-4) a fim de identificar quais seriam os lados afetados pela conduta sendo analisada.

Além disso, em mercados de competição dinâmica há maior tendência para que as preferências dos consumidores mudem de forma significativa. Aferir os produtos que seriam substitutos potenciais é, portanto, tarefa que pode ser de considerável complexidade (TENNIS, SCHWAB, 2012, p. 326). O desafio é maior ao se considerar que as plataformas digitais têm trabalhado na expansão de suas atividades e, a depender do serviço sob análise, podem se enquadrar em mercados relevantes distintos (SAITO, 2016, p. 9). É possível, por exemplo, que a mesma plataforma atue no setor de serviços financeiros, com pagamentos instantâneos, e no

²³ “Key user groups are private users using Facebook.com without monetary compensation on the one hand, and advertisers running targeted advertisements on the other. Indirect network effects exist between the two user groups. Facebook added further market sides to its core product. One of these market sides is publishers using Facebook.com to promote their businesses with their own Facebook pages on which they publish editorial content and connect with users. Developers represent another side of the market. They can integrate Facebook into their own websites or apps by using “Application Programming Interfaces” (APIs) to integrate Facebook Products like social plugins (e.g. “Like” button), Facebook Login or the Facebook Analytics analysis service. [...] As none of the above groups of Facebook users have demands similar to the group of private users, they have to be attributed to other markets” (BUNDESKARTELLAMT, 2019, p. 4).

de serviços de comunicação (situação do WhatsApp mediante a implementação da funcionalidade de transferência de recursos financeiros).

Nesse sentido, Domingues e Silva (2018, p. 46-50) destacam que a definição do mercado relevante nos casos envolvendo plataformas digitais pode representar uma fragilidade dos conceitos aplicados. Ao aprofundar a relação entre *fake news* e a aplicação do antitruste tendo o Facebook como paradigma, os autores adotam definição de mercado relevante restrita ao “serviço de publicidade e propaganda dentro do Facebook”, para captar a atuação da empresa nesse âmbito. A análise de outra conduta empresarial desse agente econômico, envolvendo setor diverso, provavelmente requereria nova definição de mercado relevante.

Requer-se, portanto, constante atualização da autoridade antitruste, bem como cooperação dos agentes privados para que se possa ter uma noção realista do mercado sob análise, de forma a evitar decisões que tenham resultados ineficazes ou prejudiciais (tanto aos consumidores quanto ao próprio mercado).

O uso de dados na economia digital é também uma faceta relevante a se considerar, e não necessariamente está incluído na análise de mercado relevante pela análise de produto e território geográfico. Nesse sentido, muitas plataformas digitais oferecem produtos a “preço zero”, sem contrapartida pecuniária, mas com a captação de dados como retorno. Nas mídias sociais e plataformas de serviço, a primeira “transação econômica e jurídica” que envolve os usuários atinge o uso de seus dados pessoais (BAPTISTA, 2019, p. 22). Essas situações dificultam a análise de substitutibilidade dos produtos sob o aspecto preço (ISHIHARA, 2019, p. 59) para os consumidores e diminuem a importância de um dos parâmetros mais utilizados atualmente na análise antitruste pelas autoridades.

Entendendo que a definição de mercado relevante é uma ferramenta essencial de análise para as autoridades antitruste, Bagnoli (2016, p. 80-91) propõe o “mercado relevante do *big data*”. Esse conceito tem por base que o uso e tratamento de dados são fatores essenciais no cenário competitivo atual entre as plataformas.

A proposta passa pela divisão do mercado relevante do *big data* em três submercados: (i) captura, (ii) armazenamento; e (iii) análise. A ideia é que se possa identificar a estrutura de atuação da empresa, verificando os agentes econômicos envolvidos em cada etapa; se há uma vantagem competitiva atrelada ao uso dos dados e se os dados envolvidos poderiam ser infraestruturas essenciais para entrantes ou competidores já existentes.

O primeiro submercado (captura) foca na etapa de coleta dos dados, ou seja, nos agentes que capturam dados de seus usuários. O submercado do armazenamento refere-se ao estoque dos dados coletados previamente, que serão acumulados e agregados em grandes quantidades para uso posterior, sendo necessário que se tenha espaço suficiente e uma interface que possibilite a análise dos dados armazenados. Por fim, o submercado de análise refere-se ao tratamento dos dados para que se obtenham informações relevantes, que serão ativos para uso da empresa (BAGNOLI, 2016, p. 91-93).

Apesar do papel dos dados ser objeto de estudos recentes e ter ganhado maior notoriedade, a aplicação do mercado relevante do *big data* ainda não foi testada em nenhuma situação concreta (BAGNOLI, 2016, p. 93). Sua utilização, porém, pode se apresentar como ferramenta útil para que as autoridades antitruste apreendam de forma mais completa a estrutura de negócios das plataformas digitais e, dessa forma, avaliem as melhores soluções para os casos analisados.

Ao final, a definição de um mercado relevante muito amplo pode subestimar os efeitos prejudiciais à concorrência da situação sob análise; enquanto um mercado relevante muito restrito pode ignorar pressões competitivas que diminuiriam a lesão à concorrência (ISHIHARA, 2019, p. 99) e poderiam levar à permissão do ato de concentração sob análise. Os mercados digitais e, especialmente, as plataformas digitais, requerem um estudo cuidadoso da melhor tática a ser adotada para definição do mercado relevante, sob pena de a autoridade concorrencial agir de maneira contraproducente.

2.3.2. Poder de mercado

A definição do mercado relevante auxilia a autoridade concorrencial a identificar se a empresa sob análise possui poder de mercado, ou seja, se tem capacidade de alterar de forma significativa as condições de seu mercado relevante. A princípio, entende-se que a busca por maior poder econômico é parte do comportamento empresarial, pois permite a aferição de maior retorno financeiro. O direito concorrencial, porém, tem seu âmbito de atuação na prevenção do exercício abusivo de tal capacidade (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2022a, p. 10).

Para tanto, a análise antitruste considera o cenário posterior à concretização da operação, assumindo caráter preditivo. De forma geral, passa-se pela probabilidade de coordenação futura entre as empresas e a diminuição das condições de rivalidade no mercado, que poderiam tornar um aumento conjunto de preços ou diminuição de inovação e qualidade mais lucrativos, afetando diretamente o consumidor (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2017, p. 174).

Tradicionalmente, o poder de mercado é relacionado com a análise de concentração de mercado e cálculos econômicos para definir a participação de cada agente (*market share*), visando delimitar a influência que pode ser exercida pela empresa. Mercados mais concentrados teriam, naturalmente, menos participantes, o que levaria a uma configuração em que os consumidores e demais agentes econômicos necessariamente precisam considerar as atitudes da empresa para tomada de decisões. Do ponto de vista da aplicação do direito concorrencial, as leis de defesa da concorrência têm como um de seus objetivos limitar a concentração excessiva de poder econômico (DOMINGUES, GABAN, KLEIN, 2021, p. 318), combatendo seu abuso pelos agentes dominantes.

Dentre as formas de cálculo dos níveis de concentração de determinado mercado, a medição do índice HHI (*Herfindahl–Hirschman Index*) é uma das mais frequentes - e sua utilização pela autoridade concorrencial brasileira é rotineira na análise de atos de concentração. De forma simplista, ele busca expressar a concentração do mercado em um número no intervalo de 0 a 1, somando o quadrado das participações de mercado de cada uma das empresas participantes, de forma a fornecer maior peso às maiores empresas (PHILIPPON, 2019, p. 36). Quanto maior o HHI, portanto, mais concentrado é o mercado sob análise, já que 1 representaria um mercado monopolista; e 0 um cenário de competição entre empresas com baixíssimas participações de mercado individuais.

Relevante destacar, contudo, que o cálculo do índice HHI passa pela premissa de identificação das participações de mercado das empresas e, portanto, pelo conceito de mercado relevante de atuação. Dessa forma, os parâmetros utilizados estão sujeitos às dificuldades descritas no tópico acima; e podem ser uma dificuldade adicional para o enfrentamento das análises antitruste de plataformas digitais pelos reguladores. Desde logo, deve-se reconhecer que a definição errônea de uma participação de mercado pode levar a autoridade a subestimar a pressão competitiva de outras empresas (SAITO, 2016, p. 9).

Destaca-se, nesse sentido, que o foco da Lei de Defesa da Concorrência e das políticas concorrenciais volta-se à manutenção do mercado competitivo, ou ao seu favorecimento. Assim, a identificação de empresas que podem representar competidores, ou que exercem posição dominante nos mercados sob análise, é exercício fundamental para a autoridade antitruste. Embora se reconheça que a existência de poder de mercado pode não coincidir com seu exercício abusivo pelo agente econômico, a princípio a concentração de dados pelas plataformas digitais, associada a comportamentos como aquisição de competidores emergentes e aumento das barreiras à entrada, reclama atenção concorrencial.

Para análise de atos de concentração, o índice HHI pode ser associado com o teste do monopolista hipotético. Esse, por sua vez, busca identificar a capacidade de um agente econômico realizar um pequeno, mas significativo aumento de preços e quais seriam tais efeitos no mercado. Pela tradução literal de sua denominação na doutrina internacional, um aumento pequeno, significativo e não transitório no preço (“*small, but significant and non-transitory increase in price*” ou apenas *SSNIP*) (FORGIONI, 2013, p. 236). Identificada até onde poderia ir a discricionariedade do agente econômico sob análise por esse teste, ter-se-ia uma possível medição de seu poder de mercado, ou seja, da delimitação de sua área de influência que permite o aumento de preços e lucros da empresa às expensas de seus consumidores (PHILIPPON, 2019, p. 26).

O primeiro problema com relação à aplicabilidade dessas ferramentas aos mercados digitais refere-se ao elemento “preço”. Tido como peça-chave para os testes matemáticos aplicados atualmente, ele perde importância pela utilização da estratégia de preço zero pelas plataformas digitais. A princípio, não há contrapartida pecuniária do consumidor para que os serviços e produtos sejam utilizados, e as consequências da atuação unilateral das plataformas são de entendimento mais complexo. O critério preço, portanto, não identifica nuances importantes dos mercados de atuação das plataformas digitais, de forma que pode ser um indicador inadequado para medir a realidade da competição em mercados dinâmicos (TENNIS, SCHWAB, 2012, p. 321), como são os de atuação das plataformas digitais.

Considere-se, por exemplo, que ocorra uma mudança na política de privacidade de dados, de forma que a plataforma aumente a coleta das informações dos usuários e passe a compartilhá-los com outras empresas de seu grupo econômico. Cada usuário valoriza a privacidade de seus dados de forma diversa; e não necessariamente haverá uma troca de plataforma em razão disso. Ademais, como já se frisou, é possível que haja dependência dos

serviços das empresas dominantes, de maneira que os usuários não podem interromper sua utilização sem enfrentar altos custos de troca.

Assumindo que as plataformas digitais se organizam como mercados de múltiplos lados e, por vezes, assumem a configuração de ecossistemas digitais, o aumento do número de usuários de um dos lados pode significar aumento de poder econômico sobre os demais. Sob a visão da plataforma como *gatekeeper*, os usuários de um dos lados dependerão do ambiente digital construído para terem acesso ao consumidor final e, portanto, estarão sujeitos à atuação unilateral da plataforma. Nesse sentido, até mesmo em cenário no qual múltiplas empresas oferecem o mesmo serviço no ecossistema - como os anunciantes - aqueles que melhor se adequam à estrutura da plataforma ou que aceitam mais condições impostas pela empresa dominante podem assumir posição privilegiada no processo competitivo.

A própria plataforma encontra poucos incentivos para não atuar de forma a manter o poder econômico sobre o mercado. A manutenção da liderança e a atuação enquanto agente privilegiado representa, na economia digital, a obtenção de lucros por tempo mais duradouro. Dessa forma, não é vantajoso para a empresa que trabalhe sob uma perspectiva de colaboração com potenciais competidores futuros, sem que tenha ao menos uma garantia de que o poder econômico estabelecido manter-se-á.

Da perspectiva econômica, há um incentivo para reter os ativos essenciais, impedindo a portabilidade dos dados obtidos para outras plataformas, desenvolvendo produtos e funcionalidades concorrentes com potenciais competidores. Considerando que o modelo de negócios das plataformas digitais consiste principalmente na coleta e organização de quantidade elevada das informações captadas, “um grande volume de dados agregado é útil pelo potencial de construção de tendências e análise do momento atual” (BAPTISTA, 2019, p. 38) e claramente representa vantagem competitiva e pode representar fator importante no fortalecimento de poder de mercado das plataformas. Assim, há estímulo para que as empresas dominantes restrinjam o acesso de outras aos dados de seus usuários.

Em alguns casos, o comportamento anticoncorrencial pode incluir também a aquisição de empresas menores ou que ofertam serviços complementares pela possibilidade de concorrência futura. Ainda que a justificativa econômica seja a incorporação de serviços complementares ao objeto principal da plataforma, a manutenção do poder de mercado e o contínuo crescimento do mercado de atuação serão o resultado almejado. No Brasil, a ideia de trabalhar na consolidação de uma superplataforma tem fomentado aquisições de empresas

digitais menores, como revela a estratégia empresarial da Magalu (SERRENTINO, 2021). Ao incorporar diversas atividades, a empresa teria um ambiente de retenção da atenção do consumidor, que evitaria a busca de agentes econômicos concorrentes.

Nos mercados digitais, a competição pela retenção da atenção do usuário e o levantamento de informações dos consumidores é essencial - especialmente considerando o compartilhamento desses dados com os anunciantes, em razão do modelo de remuneração adotado pela maioria das plataformas. Na análise de poder de mercado envolvido, portanto, os parâmetros atuais podem não refletir fatores como qualidade do serviço ofertado, a limitação das possibilidades de escolha dos consumidores e os custos de informação e atenção (SAITO, 2016, p. 147). As dimensões de estudo da autoridade antitruste têm uma complexidade adicional a ser considerada.

Explicitadas as dificuldades que revestem o tema, parece ser de mais serventia a noção de poder de mercado apresentada por Calixto Salomão Filho (2013, p. 141-143), para quem a caracterização de poder de mercado é melhor analisada a partir da situação fática do que por sua definição normativa²⁴. Não necessariamente a participação de mercado fornecerá a resposta de prontidão sobre a capacidade de uma empresa ditar os rumos de determinada indústria.

Essa visão era já refletida na Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2001) do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o primeiro guia para análise de atos de concentração, para a qual o exercício do poder de mercado poderia ser realizado de forma unilateral ou coordenada por empresas. Como efeitos, podem ser experimentados o aumento de preços, a redução de quantidades, a diminuição da qualidade ou da variedade de produtos e serviços ou a redução da inovação, se comparada a um cenário de concorrência irrestrita, com a finalidade de aumento de lucros.

Vê-se que a análise do poder de mercado é um conceito complexo, realizado pela autoridade antitruste no exame dos atos de concentração submetidos a sua apreciação. O aprofundamento de como é conduzida a análise da probabilidade e exercício de mercado pode ser visto nos trabalhos de Domingues e Gaban (2016), Forgioni (2013) e Frazão (2017). Especificamente sobre o crescimento do poder de mercado das empresas de tecnologia,

²⁴ Nas palavras do autor, “o poder de mercado constitui um daqueles conceitos que são de tal maneira fundamentais e constitutivos para uma ciência que sua definição é axiomática, ou seja, deve-se indagar de suas formas de revelação, ao invés de procurar defini-los” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 141-142).

destacam-se os trabalhos de Wu (2018, 2020) e Khan (2017), como expoentes do movimento neobrandeisiano, que resgata os efeitos sócio-políticos que podem advir do poder de mercado das empresas de tecnologia e reclamariam uma aplicação do direito antitruste (DOMINGUES, GABAN, 2019, p. 238).

Mediante a relevância do tema e as diversas posições sobre como o direito concorrencial deve trabalhar o poder de mercado, principalmente frente ao crescimento das empresas de tecnologia, ressalta-se que este estudo não pretende exaurir o tema, tendo se limitado a identificar sua intersecção com análise de atos de concentração pelo CADE.

2.3.3. Barreiras à entrada

O *big data* interfere também na forma como as barreiras à entrada manifestam-se para novos competidores nos mercados com predominância das plataformas digitais. Não sem motivo, a preocupação dos órgãos reguladores com a habilidade das empresas de tecnologia de acumular e reunir dados dos seus usuários (SWARTZ, 2019) tem se manifestado frequentemente. Nas palavras de Bagnoli (2019, p. 46),

[...] o *big data* representa a nova fronteira em matéria competitiva e exige um olhar próximo e cauteloso para compreender o papel do Direito da Concorrência para assegurar, ao mesmo tempo, o desenvolvimento dos mercados e tecnologias e evitar a eliminação da concorrência.

Reconhecidos os impactos que a captação e tratamento de dados têm em conceitos como mercado relevante e poder de mercado, não se deixa de lado a possibilidade de que represente barreira de entrada considerável a novas empresas.

Inicialmente, é preciso entender o conceito econômico de barreiras à entrada. Ao analisar essa característica, a ideia é que se identifiquem os estímulos e entraves para que um novo concorrente passe a atuar em determinado mercado (incluindo também a expansão de empresas já atuantes em novos mercados de atuação).

Mankiw (2009, p. 302) explica que na situação em que todos os agentes econômicos têm acesso à mesma tecnologia de produção do bem e aos mesmos mercados para compra dos insumos de produção, as curvas de custos seriam similares. Dessa forma, para determinar a entrada ou saída de determinado mercado, seriam considerados apenas os incentivos de empresas já atuantes para que permanecessem, e dos empreendedores para que iniciassem uma

nova atividade. Se as empresas existentes demonstram aferir lucros no mercado em questão, as entrantes identificam que há espaço para que possam atuar, ou seja, têm estímulos para competirem.

Na existência de barreiras à entrada, os competidores potenciais encaram obstáculos adicionais, de forma que a decisão considera outros fatores. Quando há barreiras à entrada em um determinado mercado, potenciais competidores eficientes enfrentam obstáculos adicionais, que os colocam em desvantagem frente aos agentes econômicos já estabelecidos (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 39). Assim, atuar ou não em determinado setor passa a levar em consideração os custos adicionais que seriam incorridos; e o possível retorno financeiro que os compensaria ao final.

De forma oposta, a inexistência de barreiras à entrada ou a identificação de poucos impedimentos para que uma nova empresa passe a atuar no mercado pode ser um moderador do poder de mercado do agente dominante (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2022a, p. 10). A análise antitruste, portanto, requer que a autoridade se desdobre sobre as características específicas do setor envolvido na operação, para que seja possível identificar a origem de entraves a novos competidores.

São três as origens principais de tais dificuldades: (i) o recurso-chave é detido exclusivamente por uma única ou poucas empresas; (ii) o Estado concede licença exclusiva de produção a um único agente econômico; ou (iii) os custos de produção do mercado tornam um único ou poucos agentes mais eficientes do que muitos competidores (MANKIWI, 2009, p. 314-315).

A primeira situação seria exemplificada por situações como a de monopólio natural, ou seja, pela detenção de recursos essenciais por um único agente. No caso das plataformas digitais, tem-se já levantado a hipótese de que o acesso aos dados pode representar uma infraestrutura essencial para atuação de novas empresas, considerando que seriam ativos para o desenvolvimento tanto de novos produtos quanto para ampliação dos participantes nos mercados em questão. A utilização do *big data* pelas plataformas, portanto, pode representar “exclusão do acesso a insumos essenciais” e a consolidação de domínio no mercado (BAGNOLI, 2019, p. 46).

A segunda hipótese é facilmente exemplificada pelas patentes, que dão ao seu detentor direitos exclusivos para produção de determinado produto e/ou para aproveitamento econômico de seus resultados, o que é muito comum no setor farmacêutico. No âmbito das

plataformas, poderia se pensar na proteção de *softwares*, mas tal discussão é pouco levantada na literatura como barreira à entrada efetiva.

Por fim, o último cenário é o mais adequado para entender como os mercados digitais apresentam barreiras à entrada específicas. Já se explicou que a dinâmica concorrencial neles é marcada por características como a competição pelo mercado, a tendência ao *winner-takes-all* e ao aproveitamento dos efeitos de rede para fomentar economias de escopo e de escala. Combinados, há uma propensão para que os custos de entrada de novos competidores sejam muito altos quando comparados às empresas estabelecidas, que se aproveitam de tais vantagens há mais tempo e encontram já uma posição de retorno financeiro.

Ao passo que os efeitos de rede possibilitam que a competição efetiva ocorra por maior parcela dos mercados de atuação, com muita frequência tornam a taxa de entrada menos eficiente. Dado que a chance de auferir maior retorno aumenta com o maior número de usuários, o que requer a captura da atenção e expectativas dos consumidores e dos lados complementares dos mercados, as empresas estabelecidas têm ainda um estímulo para adotarem práticas exclusionárias ou predatórias (KLEMPERER, 2005, p. 7), ou seja, a adoção de comportamentos para manutenção da dominância do mercado.

Nos mercados digitais, é possível construir um ambiente ou produtos que não sejam compatíveis com soluções novas, de forma que os entrantes tenham a necessidade de se adequarem ao que já é ofertado pelas plataformas (como é o caso do *software* e ambientes da Apple). Para que consiga atuar, a nova empresa ou oferta seus produtos em moldes já determinados ou se vê excluída do acesso aos potenciais usuários - característica que também fomenta a ideia de que as plataformas podem representar infraestrutura essencial.

Ademais, deve-se lembrar que as plataformas digitais têm como um de seus principais objetivos a retenção dos usuários e de sua atenção. A fim de concretizá-los, a criação de ambientes cada vez mais personalizados instiga os consumidores a passarem maior parte do tempo utilizando os serviços oferecidos, gerando mais dados para tratamento da plataforma. Considerando também a possibilidade de que as relações sociais sejam travadas digitalmente, o usuário vê-se mais dependente da empresa que já possui posição dominante e tem menos incentivos para realizar uma troca futura.

Para superar o cenário fomentado pelos efeitos de rede de forma autônoma, o entrante precisaria ofertar uma inovação de grande porte, que superaria a vantagem natural da

empresa líder²⁵. Inovações incrementais, porém, que agregam valor aos produtos já existentes, mas não representam uma quebra do padrão do serviço já oferecido, não permitiriam que a nova empresa assumisse posição relevante no mercado (ALMEIDA, 2006, p. 72) e, portanto, a destruição criativa não daria origem à troca de empresas dominantes.

Nessa situação, a empresa dominante tem incentivo, ainda, para internalizar o processo de inovação no setor. Se a apresentação de uma inovação de grande porte poderia resultar em sua queda como líder no mercado, o passo lógico é identificá-la antes dos competidores potenciais - ou realizar aquisição ou incorporação de empresas que possam ofertá-la no futuro. A sobrevivência do negócio e o aproveitamento dos lucros derivados dos efeitos de rede são motivos pelos quais as empresas nesses nichos de mercado costumam estar relacionadas a altos níveis de investimento em P&D (ALMEIDA, 2006, p. 72).

Entretanto, tais esforços voltam-se para a manutenção da posição dominante no mercado; e atendem aos objetivos da empresa líder. Ao final, deve-se ter em mente que os agentes econômicos reagem a estímulos, sejam eles mercantis ou regulatórios; e a atuação das empresas nos mercados deve ser analisada por esta ótica, a fim de identificar os motivos que as levaram a adotar determinadas condutas.

²⁵ “When mergers are banned, entry occurs only when a potential entrant has a sufficiently valuable innovation that it can overcome any incumbency advantages and become the new dominant firm” (KATZ, 2020, p. 3).

3. ANÁLISE ANTITRUSTE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO PLATAFORMAS DIGITAIS

Para compreender como a análise antitruste é feita pela autoridade concorrencial, faz-se primeiro uma contextualização histórica das influências que constituíram as bases das normativas aplicadas. A apresentação desse quadro levanta questões fundamentais sobre os objetivos do direito concorrencial e da própria análise antitruste com relação aos atos de concentração, passando pelas escolas de pensamento que mais se destacaram ao longo dos anos, quais sejam, a Escola de Freiburg, a Escola de Harvard, Escola de Chicago e a configuração pós-Chicago.

Justifica-se a relevância da abordagem e a conexão com o tema pelo desafio de aplicação do direito antitruste às plataformas digitais, dado que à época em que esses movimentos tiveram seus ápices, não se falava em economia digital. Ao contrário, como será demonstrado, as questões principais refletiam mercados palpáveis, sendo que o surgimento de novos modelos de negócios, como as plataformas, aumenta a complexidade da atuação da autoridade antitruste.

Nesse sentido, entende-se que a evolução do capitalismo para a economia digital representa exemplo das mudanças institucionais enunciadas por Schumpeter (1939, p. 93-94), que podem requerer adequações na aplicação do direito concorrencial a fim de acompanhar as novas tendências. Considerando esse panorama, as discussões podem se beneficiar da apreensão dos motivos por trás dos conceitos apreendidos pelas grandes escolas de pensamento do antitruste.

O primeiro marco de destaque dá-se com o movimento da Escola de Freiburg, dos anos 30, que se convencionou chamar como ordoliberal. Para os estudiosos dessa corrente, o foco normativo deve ser a possibilidade de concorrência no mercado, sendo impossível relacionar objetivos econômicos predeterminados ao direito da concorrência (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 77-78). Sob essa perspectiva, o arcabouço regulatório deve visar a proteção do ambiente competitivo, sem que se tenha como fim o alcance de maior eficiência alocativa. A finalidade regulatória deve ser a garantia da competição no mercado.

Esses pensamentos influenciaram a primeira minuta da lei de defesa da concorrência alemã e são diretamente relacionados com o entendimento de que é o papel do

Estado mitigar o poder de mercado dos agentes econômicos em cenários de abuso (MARTINS, 2018, p. 187). O objetivo da norma, por essa ótica, deve ser combater a concorrência desleal, que visa apenas atingir os concorrentes, mantendo a possibilidade de competição.

Deve-se entender a Escola de Freiburg ligada ao momento histórico de seu desenvolvimento, concomitante ao fortalecimento de grandes empresas na Alemanha após a Primeira Guerra Mundial e à ascensão do nazismo, o que possibilitou a visão de livre mercado diretamente conectada ao panorama social, político e moral. Para os ordoliberalistas, a falta de competição causada por cartéis ou monopólios seria responsável pela distorção de preços e produção. Nesse cenário, o Estado estaria sujeito à captura por interesses privados, que ameaçariam a economia e a própria democracia (WU, 2018, p. 59, 2020, p. 51-52).

A Escola de Harvard, por sua vez, influenciou a construção doutrinária estadunidense e, por consequência, diversas outras jurisdições. Sua contribuição mais fomentada relaciona-se com a análise das estruturas de mercado (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 74). Adotando premissas da teoria econômica, ressaltou-se que a construção de estruturas monopolistas e que aumentassem a concentração de poder de mercado seriam prejudiciais e poderiam gerar disfunções no funcionamento dos mercados.

Na visão da Escola de Harvard sobre competição, é essencial que se mantenha um mercado com diversos agentes econômicos, diversificando a oferta. Domingues e Gaban (2016, p. 75-76) explicam que, normativamente, tais ensinamentos são baseados no modelo estrutura-conduta-desempenho (E-C-D). De forma resumida, considera-se que o aumento de barreiras à entrada e de concentração facilita a coordenação entre as empresas, possibilitando a adoção de condutas danosas ao mercado e aos consumidores que resultam na elevação de preços (ou seja, afetam o desempenho do mercado).

Pelas ideias trabalhadas, a Escola de Harvard foi essencial para a introdução na análise antitruste do estudo das estruturas de mercado envolvidas nas situações concretas, estimulando a noção de controle preventivo. No contexto normativo, a influência é sentida diretamente pelo estadunidense *Merger Guidelines*, de 1968 (KWOKA, 2020, p. 46), que estabeleceu regras internas a serem observadas pelas autoridades antitruste na análise e no questionamento de atos de concentração.

Com relação aos objetivos da legislação antitruste, o movimento admitia a multiplicidade deles, tal como a Escola de Freiburg, considerando “controle do poder de mercado, o aspecto distributivo e a preocupação sobre a concentração do poder econômico”

(DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 76). A ênfase estaria no poder de mercado das empresas e suas consequências.

Após a análise de estruturas, contribuição da Escola de Harvard, o antitruste experimentou sua próxima grande mudança de paradigma com as ideias da Escola de Chicago, a partir da década de 80²⁶. Apesar de os movimentos terem coexistido, nesse período os Estados Unidos experimentaram redução dos níveis de competição interna e internacional, o que levou à necessidade de promover maior eficiência econômica (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 76). Fortemente influenciadas pela integração de conceitos econômicos à aplicação do direito concorrencial, elas podem ser resumidas na análise de eficiências e na eleição do bem-estar do consumidor como objetivo central da concorrência, entendido enquanto eficiência alocativa dos recursos na sociedade.

O argumento central da Escola de Chicago é que o uso de conceitos econômicos advindos da teoria do preço para aferição dos resultados dos atos de concentração e das condutas das empresas garantiria previsibilidade e, dessa forma, maior segurança jurídica. O bem-estar do consumidor, se entendido enquanto eficiência alocativa, poderia ser antevisto e mensurado, enquanto objetivos como proteção do consumidor e do processo concorrencial minariam a previsibilidade do resultado, prejudicando, ao final, o ambiente negocial.

Para esse movimento, práticas tradicionalmente levantadas como ilegais ou coibidas pelas autoridades antitruste poderiam, em realidade, ser justificadas por aumento de eficiências econômicas às empresas envolvidas (SCHMALENSEE, 2008, p. 19). Assim, ainda que um ato de concentração entre empresas atuantes no mesmo mercado ocorra e gere aumento de poder de mercado de uma delas, ele poderia ser justificado pelas eficiências econômicas e sinergias experimentadas pela empresa - ainda que não repassadas ao consumidor final. Como destacam Domingues e Gaban (2016, p. 77), a partir da Escola de Chicago a presunção de dano pelos níveis de concentração de mercado diminuiu, passando a representar um ponto de partida para análise antitruste de atos de concentração.

Objetivos adicionais ao bem-estar do consumidor sob a ótica da teoria dos preços não teriam espaço na aplicação da legislação antitruste, visando sobretudo a criação de

²⁶ “Especialmente no final da década de 1970, a Escola de Harvard praticamente desapareceu, uma vez que seus defensores passaram a aceitar grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago” (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 76).

parâmetros claros para ingerências nas condutas empresariais²⁷. Para a Escola de Chicago, a maximização do bem-estar seria o único objetivo válido da legislação antitruste, entendido como medida econômica do bem-estar agregado. Outros elementos seriam difíceis de isolar e identificar no caso concreto, o que impossibilitaria o escrutínio pelas autoridades.

Nesse sentido, a noção de que a legislação poderia expressar propósitos políticos ou sociais significaria a proteção de empresas ineficientes ou o subsídio de agentes econômicos de menor porte em detrimento da alocação eficiente de recursos através do livre mercado. Assim, a teoria microeconômica poderia ser aplicada a todos os problemas do antitruste, porque demonstraria os únicos dois fatores envolvidos, quais sejam, ineficiência alocativa e eficiência produtiva (BORK, 1978).

As críticas e contribuições da Escola de Chicago devem também ser lidas à luz de sua época; e advêm de episódios de decisões das cortes estadunidenses que, na visão desses estudiosos, seriam contrárias aos princípios econômicos e impediriam o fomento à eficiência empresarial²⁸. Para eles, caso o bem-estar agregado pudesse aumentar após a operação, as consequências ao mercado seriam mais benéficas do que a não realização do ato de concentração (DOMINGUES, MIRANDA, 2021, p. 43).

Bork (1978, p. 7-8) resume a posição da Escola de Chicago sobre os benefícios aos consumidores: “a eficiência das empresas necessariamente beneficia os consumidores ao reduzir o preço dos bens e serviços ou ao aumentar o valor dos bens e serviços ofertados; isso é verdade independentemente de a empresa ser uma unidade ou um monopolista”. Vê-se, pelo excerto, que o poder de mercado dos agentes econômicos advindo da concentração não é um problema que deva ser tratado pelo antitruste para os representantes da Escola de Chicago. Ao contrário, a intervenção jurídica seria passível apenas em situações comprovadas de que o ato de concentração sob análise não possuiria justificativa econômica.

O cenário pós-Chicago da análise antitruste considera tanto a introdução de conceitos econômicos quanto a análise de estruturas e é resultado da evolução histórica

²⁷ “No âmbito da Escola de Chicago, os argumentos econômicos produziram um isolamento de questões políticas e generalistas (tais como a influência política das grandes corporações e os seus aspectos redistributivos) e a aplicação de parâmetros exclusivamente econômicos transforma o Direito Concorrencial ‘uma tecnocracia’” (DOMINGUES, GABAN, KLEIN, 2021, p. 315).

²⁸ “*In the early period of the law the dominant goal was the advancement of consumer welfare, though Justice Brandeis introduced, or at least was the first to give operative weight to, the conflicting goal of small-business welfare. Brandeis’s approach grew in importance in the later evolution of antitrust until, in the era of the Warren Court, it often became the dominant, though not the exclusive, goal*” (BORK, 1978, p. 17)

doutrinária do direito concorrencial. Lyra (2016, p. 60) explica que os efeitos dos atos de concentração são apurados e entendidos a partir da configuração da dinâmica do mercado, utilizando ferramentas como a delimitação do mercado relevante; e soma-se, ao final, a avaliação de eficiências compensatórias. Se explicitado pelos agentes econômicos que haveria sinergias suficientes derivadas do ato de concentração, a operação pode ser aprovada, ainda que gere redução da competição no mercado.

Dessa forma, a análise econômica tradicional voltada para a concorrência foca na variável do excedente total: os consumidores teriam acesso aos bens e serviços no menor preço possível e os produtores a remuneração equivalente (MARTINEZ, 2008, p. 3). O resultado seria um cenário eficiente, remetendo à visão de Chicago sobre alocação de recursos no mercado, mas combinado com conceitos advindos da visão de Harvard.

No arcabouço normativo, essa conjunção das contribuições de Harvard e Chicago pode ser vista pela coexistência da análise das estruturas de mercado; e do uso da regra da razão, que delimita o impedimento da conduta pelos efeitos danosos à concorrência aferidos (DOMINGUES, MIRANDA, 2021, p. 52). Por ela, apenas são consideradas ilegais “as práticas que restrinjam a concorrência de forma não razoável” (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 78), o que leva à necessidade de aprofundamento da investigação antitruste para que a prática seja coibida pela autoridade.

No que tange os atos de concentração, a análise antitruste necessariamente se voltará à regra da razão. Por ela, são ponderadas as circunstâncias da operação, como poder de mercado, barreiras à entrada, eficiências econômicas e a possibilidade de alternativas que sejam menos danosas à concorrência. Apenas após esse percurso tem-se uma definição sobre a anticompetitividade da conduta (PITOFSKY, 2008, p. 6). A premissa é que a ilicitude do comportamento não pode ser aferida a princípio, de forma que se requer uma análise pormenorizada de suas justificativas e dos efeitos que pode acarretar ao mercado.

Nesse escopo, atualmente entende-se que atos de concentração podem vir a ser um estímulo à inovação e à injeção de recursos por empresas estabelecidas em novos negócios, resultando em novos produtos e serviços. A título ilustrativo, ainda que não no mercado digital, pode-se citar o caso da *joint venture* entre Boeing e Embraer para a produção de nova aeronave, com intuito de competir com a Airbus no setor de aviação civil (CADE, 2019). Atos de concentração, portanto, podem ser fonte de sinergias empresariais.

A análise da autoridade é casuística, mas sua condução passa por parâmetros que são resultado de uma construção normativa histórica. Contudo, a realidade de crescimento dos mercados digitais e do poder de mercado das plataformas, bem como a expansão de suas atividades para outras áreas, levantam questionamentos sobre a necessidade de alteração dos paradigmas de aplicabilidade da legislação antitruste. Assim, este trabalho busca esclarecer as dificuldades que a autoridade antitruste enfrenta atualmente com a realização de atos de concentração pelas plataformas digitais, especialmente considerando os impactos à inovação e ao estabelecimento de concorrentes.

3.1. Críticas ao racional da eficiência alocativa na análise antitruste

Explicitada a evolução doutrinária que influenciou a consolidação da análise antitruste dos atos de concentração, importante destacar as críticas mais prementes a esse racional e, em específico, ao uso da eficiência alocativa como paradigma. Especialmente no cenário de ascensão das plataformas digitais, as ressalvas ao método tradicional de análise têm obtido maior espaço - tanto normativo quanto no debate público.

No âmbito concorrencial, geralmente “uma aquisição é legalmente combatida quando a empresa adquirente poderá lucrar indevidamente pela disponibilidade limitada de substitutos após a operação” (TENNIS, SCHWAB, 2012, p. 308). De início, é importante destacar a noção de lucro indevido, ou seja, que não é derivado necessariamente da eficiência empresarial do agente econômico envolvido, mas parte de uma conduta abusiva advinda da concentração no mercado.

Ademais, o enunciado traz a definição do teste do monopolista hipotético e seu objetivo: identificar se o ato de concentração torna possível que o agente econômico aumente seus preços pela inexistência de substitutos aos que os consumidores possam recorrer, obtendo lucro adicional em detrimento da concorrência no mercado. Além do teste do monopolista hipotético, para o qual é essencial a noção de mercado relevante, são utilizados também o índice HHI para medir a concentração de mercado antes e depois da operação; e o levantamento do poder de mercado da empresa, bem como a possibilidade de seu exercício abusivo. Seria ainda aplicável a análise de eficiências derivadas da operação em questão, que poderiam justificá-la economicamente de forma suficiente para que a autoridade antitruste sopesasse que os ganhos superariam os prejuízos.

Assim, relaciona-se o resultado da operação com as alterações de preço que poderiam ser efetivadas após aquisição da empresa concorrente e comportamento abusivo da adquirente, bem como o poder de mercado resultante. Há, portanto, aplicação de ótica direcionada para os efeitos alocativos da operação, voltando-se para a regra da razão, que necessariamente passa pela análise das circunstâncias por trás do comportamento empresarial e, ao menos em teoria, dos efeitos econômicos que podem advir do ato de concentração.

No que tange a aplicação do direito antitruste aos mercados digitais, um de seus maiores desafios é a correlação entre a variável preço e a aferição da legalidade da operação. Pelo ferramental utilizado pelas autoridades na forma tradicional de análise, o mais comum é que as alterações de preço assumam posição de protagonismo.

Normalmente, é pela possibilidade que a empresa aumente os valores cobrados, em prejuízo dos consumidores, que a autoridade identifica possível comportamento abusivo; e um racional jurídico para impedir que a operação seja concretizada nos termos da legislação concorrencial. Dessa forma, o controle de estruturas pela metodologia atual de análise antitruste é focado no resultado da operação, mas este é analisado a partir de conceitos econômicos que elegem o preço como variável principal.

Tennis e Schwab (2012) representam uma das posições críticas ao uso do preço como critério primordial para aferir a anticompetitividade de um comportamento empresarial, destacando que tais premissas são melhor aplicadas a mercados que se organizam de forma tradicional. Ao contrário, mercados com a presença de competição dinâmica, como os digitais, marcados pela troca rápida de processos e serviços, bem como por constante evolução tecnológica, não necessariamente têm sua organização refletida em alterações de preço e podem representar um cenário de não adequação das ferramentas tradicionais de análise.

Herança principal da Escola de Chicago, a aplicação da teoria do preço remete à retórica de que conceitos econômicos possibilitariam antever o resultado da operação, estimando seus efeitos em termos de eficiência alocativa. Sob essa perspectiva, a utilização de parâmetros como o bem-estar do consumidor mitigaria resultados “paradoxais” advindos de doutrinas diversas sobre a aplicação do antitruste (DOMINGUES, KLEIN, 2020, p. 91-92), em linha com o racional explicado previamente.

Contudo, a literatura atual demonstra como a teoria econômica pode ser limitada do ponto de vista preditivo, especialmente para mercados com mudanças constantes. Frente à incerteza que caracteriza tais ambientes, a autoridade antitruste vê-se sujeita à diversidade de

parâmetros econômicos que podem ser adotados para fornecer uma resposta matemática, sem que haja dados prévios consistentes para utilização. Guerriero (2008, p. 31) esclarece que para aplicação de conceitos e modelos econômicos, a escolha das variáveis e das premissas adotadas pode interferir no resultado.

Não se ignora o papel que as ferramentas econômicas desempenham no auxílio do entendimento dos mercados para aplicação da legislação antitruste, mas deve-se observar com cautela se as premissas adotadas e os dados escolhidos melhor se adequam ao caso sob análise. Para mercados de inovação e aqueles envolvendo modelos de negócios como as plataformas digitais, preço e demanda muito provavelmente não poderão ser extraídos ou definidos com exatidão (DOMINGUES, MIRANDA, 2021, p. 57), dificultando a aplicação de testes tradicionais na análise antitruste.

Dessa forma, a utilização da retórica econômica como solução para os problemas de direito concorrencial é mais complexa do que inicialmente previu a Escola de Chicago. Philippon (2019, p. 151) destaca, nesse sentido, que a adoção dessas premissas nos Estados Unidos resultou na redução de competitividade nos mercados internos e na cobrança de preços excessivos dos consumidores pelas empresas estadunidenses. Ao contrário do que se imaginaria, o histórico demonstra que os lucros resultantes são utilizados para pagamento de dividendos e recompra de participação no capital social, e não revertidos em investimentos nos produtos e serviços da empresa ou novas contratações. Dessa forma, não haveria repasse significativo aos consumidores que justificasse a permissibilidade da autoridade antitruste com relação aos atos de concentração.

O autor deixa claro que a organização atual das empresas diverge muito do século passado, em que os produtos eram comoditizados. Nos casos modernos, não só demanda e oferta são responsáveis por determinar o poder de mercado das empresas. Para as indústrias de telecomunicações, por exemplo, a concorrência ocorre tanto nos preços quanto na aglutinação de serviços (telefone, internet e TV), bem como na qualidade de cada componente (PHILIPPON, 2019, p. 91). A aplicação da eficiência alocativa tendo por base premissas tradicionais, como o preço, não resultará necessariamente em uma conclusão objetiva para a autoridade antitruste - e o histórico desse uso tem tido como consequência a aprovação de atos de concentração sem grandes impasses.

Há que se considerar, também, que o uso de conceitos econômicos por vezes assume o acesso a dados que apenas as empresas do mercado possuem. Não é incomum que a

autoridade antitruste requisite informações aos participantes sobre os níveis de concorrência e produtos existentes, ou sobre a dinâmica do mercado, mas desde o princípio parte-se de uma situação em que a autoridade está em posição de assimetria de informações.

Especialmente em situações envolvendo inovação nos mercados digitais, por vezes nem mesmo outros participantes do mercado têm informações sobre os projetos que estão sendo desenvolvidos. Essencialmente, essa é uma das dificuldades a se considerar quando da análise de atos de concentração: como estimar o efeito deles na inovação do mercado, sem a disponibilização da informação completa? (OCDE, 2002, p. 169).

Frente a esse panorama, alguns entendem que a aplicação das medidas antitruste como são construídas atualmente poderia desencorajar o desenvolvimento de novos serviços e produtos, reduzindo os benefícios sociais que a atividade empresarial poderia gerar (TENNIS e SCHWAB, 2012, p. 318). Argumenta-se também que a velocidade dos mercados com altas taxas de inovação, como os digitais, seria muito rápida para a aplicação da legislação concorrencial (OCDE, 2002, p. 21), cujos testes baseiam-se em muito no acompanhamento de tendências ao longo do tempo e na configuração dos mercados.

Nesse sentido, a visão eficientista ignoraria o aspecto dinâmico da concorrência, ou seja, o incremento de inovações e melhorias nos processos que tenham impacto no bem-estar da sociedade (MARTINEZ, 2008). Por consequência, critérios estáticos como faturamento e preço podem não ser os mais adequados.

As discussões respaldam inclusive posicionamentos divergentes sobre os objetivos do direito antitruste²⁹. De fato, há impacto direto da inovação que as grandes empresas de tecnologia produzem e de sua atuação na análise eficiente e realista das relações que firmam nesses mercados. Conforme demonstrado, a consolidação das empresas tecnológicas baseadas em plataformas de dados impactou essencialmente a discussão sobre concorrência, inovação e poder de mercado; e a autoridade deve considerar também a possibilidade de que a aplicação do antitruste possa desestimular o comportamento empreendedor.

Até os anos 90, por exemplo, a Comunidade Econômica Europeia, hoje União Europeia, não considerava inovação como um fator material na análise de atos de concentração (REGIBEAU, ROCKETT, 2019, p. 5). Estudos mais recentes, contudo, indicam que por vezes

²⁹ Nos Estados Unidos, Wu (2018) e Khan (2017) defendem a superação dos paradigmas da Escola de Chicago e o uso do antitruste para objetivos mais amplos do que a eficiência alocativa – em específico, para o combate do poder econômico.

empresas nascentes e *startups* buscam aumentar sua base de valor a fim de garantir uma aquisição posterior por maior preço pelas empresas já consolidadas (LEMOS, 2021, p. 11). Esse comportamento poderia ser explicado pelos altos custos de manutenção das empresas, pela configuração de mercados que não estimulam o desenvolvimento de novos negócios ou, ainda, por imposições regulatórias³⁰ (REINERS, 2018).

Importante, nesse âmbito, considerar o fortalecimento das plataformas já consolidadas no mercado e seu amplo acesso aos dados e base de consumidores. Pela conjunção de fatores, pode ocorrer o aumento intencional das barreiras à entrada nos mercados de atuação dessas empresas, fazendo com que a única saída de novos agentes econômicos seja juntar-se ao ecossistema já construído, renunciando à possibilidade de crescimento independente. Lina Khan (2017, p. 716) destaca inclusive que a atuação das grandes empresas de tecnologia parece ter sido traçada para burlar a legislação antitruste.

A autora explica que o foco nos níveis de preço como sinais de competição nos mercados permitiu à Amazon - empresa que adota para seu estudo - escapar da análise regulatória. O poder de mercado, porém, é notável nos segmentos de atuação do agente econômico; e tem consequências concretas para os consumidores e demais participantes.

De forma ampla, a estruturação das plataformas como *marketplaces* desafia os conceitos tradicionais de aplicação legislativa. Mediante a evolução das legislações antitruste e a consolidação da análise do “bem-estar do consumidor” por meio da medição de efeitos de curto prazo no preço e resultados empresariais, influenciada pela Escola de Chicago, haveria uma falha em capturar a arquitetura real dos mercados do século XXI (KHAN, 2017, p. 716-719).

Nesse cenário, têm crescido estudos similares ao de Khan, que reforçam as críticas à aplicação tradicional do antitruste às *big techs*. Nos EUA, destacam-se autores que advogam pelo uso do antitruste como forma de combate à concentração exacerbada do poder econômico, retomando ideias de Louis Brandeis no combate aos trustes estadunidenses (WU, 2020).

Em sentido similar, Stelzer (2008, p. 24-25) destaca que os objetivos sociais também deveriam ser analisados pelas autoridades judicantes, mas as premissas econômicas tradicionais focam apenas nas eficiências econômicas (estáticas). A partir de uma ótica

³⁰ Esse último cenário tem sido observado nos EUA, onde *fintechs* cada vez mais buscam um modelo de parceria junto aos bancos tradicionais ou sua aquisição por estes a fim de reduzir os custos regulatórios (REINERS, 2018).

eficientista, como pregada pela Escola de Chicago, matérias que não se relacionem à eficiência alocativa não deveriam ser levantadas por meio da legislação antitruste. Nesse viés, a abordagem antitruste seria *single-pointed*, admitindo apenas a eficiência como objeto de persecução.

Ao contrário, a realidade revela-se nos casos práticos como um campo complexo, no qual os problemas jurídicos estão intrinsecamente relacionados; e a confiança demasiada em modelos econômicos simplificados pode prejudicar o levantamento dos fatores reais dos mercados sob análise (KAUPER, 2008, p. 42). Não é possível, por exemplo, levantar preocupações sobre o poder de mercado das plataformas sem entender seus modelos de negócios e, conseqüentemente, temas como privacidade e captação de dados dos usuários, bem como condutas abusivas aos consumidores. Assim, a eleição de um critério muito reducionista de análise pode representar uma abordagem limitada das autoridades antitruste.

3.2.O problema da incerteza: competição potencial e nascente nos mercados de atuação das plataformas digitais

A evolução das *big techs* tem ressignificado as discussões sobre a aplicação dos parâmetros atuais do antitruste às operações envolvendo plataformas digitais. Especialmente no que tange aos reflexos do poder de mercado das empresas já estabelecidas, importante levantar o impacto frente a competidores potenciais e/ou nascentes.

De início, deve-se diferenciar os conceitos de competição potencial e competição nascente, ambos relacionados diretamente com a identificação de barreiras à entrada nos mercados sob análise. Esse último é termo relativamente novo na jurisprudência antitruste, sendo que Yun (2020, p. 655) destaca seu desenvolvimento a partir do final da década de 90, com o caso *Microsoft* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ)³¹. A referência tipicamente remete a uma empresa com um produto ou tecnologia existente, atuando dentro ou fora do mercado relevante, que poderia em algum momento ser considerado ou se desenvolver

³¹ Hemphill e Wu (2020, p. 5-6) explicam que à época a Microsoft possuía monopólio de sistemas operacionais através do Windows, e o surgimento de empresas como a Netscape e Sun, com o desenvolvimento do sistema Java e de hardwares Java seriam possíveis competidores futuros. Inicialmente, não eram substitutos para a Microsoft, mas a própria empresa estabelecida temia que no futuro pudessem evoluir para tanto, e, portanto, atuou de forma a neutralizar a ameaça.

a ponto de se tornar um competidor significativo (YUN, 2020, p. 655) e, portanto, conecta-se com a possibilidade futura de competição.

Em termos mais simples, um competidor nascente é uma empresa cuja inovação representa uma séria ameaça futura ao agente econômico estabelecido, ainda que incerta (HEMPHILL, WU, 2020, p. 5). Na situação concreta, normalmente tem-se uma empresa com um novo produto e/ou serviço, que pode vir a representar ameaça futura por atuar no mesmo mercado e capturar usuários, mas cujo potencial competitivo ainda não pode ser definido.

Competição potencial, por sua vez, se refere à possibilidade de que outros agentes possam vir a atuar no mesmo mercado em que a empresa sob análise exerce suas atividades, ou seja, se é possível que passem a ofertar produtos/serviços que podem se tornar competidores e, portanto, representar pressão competitiva futura. A OCDE (2021, p. 9) a define como uma restrição competitiva futura para o comportamento da empresa que potencialmente pode surgir, mas ainda não o fez.

Na análise, o objetivo seria identificar se o poder de mercado da empresa estabelecida poderia ser desafiado por outros agentes econômicos e, dessa forma, o próprio ambiente regularia distorções ou abusos, já que os consumidores buscariam substitutos. Nessas situações, é comum que sejam analisadas empresas que fazem parte da cadeia de produção ou atuam em segmentos adjacentes e que, dessa forma, teriam baixos custos para ofertar serviços similares caso o desejassem. A entrada seria, portanto, potencial - a ser verificada em momento posterior³².

De forma geral, competição potencial liga-se a um produto que ainda não representa um competidor em determinado mercado relevante, mas pode assumir tal posição no futuro, sendo uma previsão de entrada ou de ameaça de entrada. Por sua vez, a competição nascente descreve a rivalidade ou potencial rivalidade de um produto ou tecnologia que já existe, normalmente envolvendo grau de inovação elevado, mas ainda não é competidor significativo, seja dentro ou fora do mercado relevante (YUN, 2020, p. 655).

Além de entrada, seriam considerados também os níveis de desenvolvimento do produto e de sucesso no mercado, sendo a marca distintiva a inovação prospectiva por um futuro

³² A OCDE (2021, p. 9) explica que nas situações em que a competição futura por empresas que ainda não atuam no mercado já esteja afetando o comportamento dos agentes econômicos sob análise, tem-se uma restrição competitiva já existente e, portanto, já precificada pelo mercado. Nessa hipótese, não estaria configurada competição potencial, ainda que a entrada não tenha ocorrido.

competidor direto. Um exemplo seria uma plataforma digital nova, com rápido crescimento e desenvolvimento, face à plataforma dominante como Whatsapp ao Facebook (HEMPHILL, WU, 2020, p. 2-3), ou TikTok ao Instagram.

Tanto a competição potencial quanto nascente traz às claras as dificuldades do antitruste em lidar com cenários incertos e representam uma perspectiva de que haja constrição competitiva à atividade das empresas já estabelecidas. Especialmente para mercados caracterizados por alto grau de criatividade e inovação, a doutrina atual, como explicitada nas seções anteriores, pode se mostrar ineficiente (TENNIS, SCHWAB, 2012, p. 309-311). Interessante notar que esta é uma conclusão comum tanto a autores que identificam que a análise atual pode adotar um viés restritivo, que impediria atos de concentração relevantes, quanto para aqueles que a veem como historicamente permissiva.

Para os primeiros, aquisições entre empresas nos mercados de competição dinâmica podem aumentar os níveis de rivalidade, estimular a inovação e ampliar a eficiência do mercado, eliminando assimetrias. A problemática seria identificar as situações nas quais a adquirente deveria se sujeitar a restrições antitruste por reduzir os substitutos disponíveis no mercado e em quais outras seria permitido que colhesse os lucros de transformação do mercado por meio da aquisição de outras empresas (TENNIS, SCHWAB, 2012, p. 309-311), ampliando seu escopo de atuação e possíveis retornos financeiros.

No mesmo sentido, Letina *et. al.* (2020, p. 16) destacam que a aquisição de uma empresa nos mercados digitais seria guiada por um processo racional. Se a empresa entrante investe em um projeto, o incumbente teria maior estímulo para replicá-lo de forma autônoma caso a aquisição fosse proibida, já que, sem essa possibilidade, a única forma de prevenir a competição da empresa entrante seria introduzir o mesmo produto ou serviço no mercado. Para a empresa entrante, uma política que proibisse a aquisição eliminaria a possibilidade de ganhos futuros pela sua venda para os agentes estabelecidos, diminuindo o incentivo para continuar o desenvolvimento do produto inovador.

Hemphill e Wu (2020), por sua vez, aproximando-se de uma retomada da atuação das autoridades antitruste no combate aos trustes norte-americanos dos anos 30 (WU, 2018, p. 92)³³, assumem a proteção da inovação como objetivo central da aplicação do antitruste. Nesse

³³ “Wu entende que o *consumer welfare approach* cria limitações para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. [...] Esse movimento [neobrandeisiano] não apenas endereça dúvidas, mas também levanta uma miríade de efeitos sócio-políticos que, ao menos em tese, poderiam ser mitigados por uma aplicação mais refinada

sentido, identificam que a aquisição de competidores nascentes, cuja inovação prospectiva será ameaça à empresa estabelecida, é um dos problemas a serem resolvidos pelas autoridades antitruste.

Os autores destacam a aquisição do Whatsapp e do Instagram pelo Facebook como exemplo da concentração de poder econômico, não trabalhada na análise antitruste dos casos pelas autoridades responsáveis à época. Ao contrário do que a prática tem demonstrado, na visão dessa linha teórica o direito deveria ser utilizado para desafiar aqueles com maior poder, e alterar os incentivos das empresas e as estruturas de mercado de maneira a criar indústrias e oportunidades (WU, 2020, p. 65).

Ambos os posicionamentos consideram que o antitruste moderno não é capaz de lidar com mercados dinâmicos e incertos, como os de atuação das plataformas digitais. Em específico, Hemphill (2020, p. 43) destaca que “o pensamento econômico do antitruste tem um ponto cego. [A aplicação do antitruste] Encontra dificuldade ao ser confrontada com a incerteza ou baixa probabilidade de prejuízos à concorrência”. O mesmo ponto é levantado por Tennis e Schwab (2012, p. 313), para quem normalmente o antitruste analisa dados de empresas já existentes sem considerar as inovações com capacidade de eliminar aspectos como lucros monopolistas iminentes ou prováveis.

Pelo exposto, atos de concentração podem tanto estimular quanto inibir práticas inovadoras e o desenvolvimento de novos produtos/serviços, a depender do caso concreto (REGIBEAU, ROCKETT, 2019, p. 9). Entretanto, é importante destacar que evidências empíricas não demonstraram a relação positiva entre concentração de mercado e inovação (OECD, 2002, p. 22), e a eleição da eficiência econômica e da abordagem da Escola de Chicago para aferição de dados econômicos pode facilitar a adoção pelas empresas de comportamentos lesivos à concorrência.

Isso ocorreria especialmente no que se refere à permissividade de atos de concentração pelas autoridades antitruste mediante a demonstração de eficiências (SCHMALENSEE, 2008, p. 15). Dessa forma, é incomum que um ato de concentração seja interpretado com o objetivo de eliminar um futuro ou potencial competidor, pelo entendimento

do direito antitruste: i) o aumento da desigualdade social, ii) questões atinentes aos salários e a mobilidade dos funcionários e iii) concentração do poder político. Trata-se de vertentes distintas que não estariam distantes dos fundamentos do antitruste [...]” (DOMINGUES, GABAN, 2019a, p. 234-235).

de que tal atuação seria especulativa; e de difícil comprovação. Ao trabalhar com perspectivas futuras, tem-se uma lacuna da análise antitruste.

Wu (2018, p. 93) explica que esse racional justifica a aprovação pelas autoridades antitruste da aquisição por Facebook e Google de seus maiores potenciais rivais. Por serem de difícil mensuração, inovação e efeitos dinâmicos podem ser menosprezados na análise da operação, exatamente porque o cenário no qual se desenvolvem é de caráter preditivo. Considerando o fortalecimento da posição comercial das plataformas digitais e do aumento do número de aquisições realizadas por tais empresas³⁴, não é impensável que ocorra a aquisição de rivais e de agentes complementares para eliminação de concorrência potencial e nascente (FRAZÃO, 2017, p. 60).

A realização de atos de concentração com essa finalidade tem conexão com o conceito de *Trustified Capitalism*, que Schumpeter (1939, p. 93-94) formulou como a situação em que os agentes econômicos assumem uma posição de mercado tão relevante que poderiam incorporar o processo de inovação contínua. Ao fazê-lo, evitam o surgimento de competidores pelo processo de destruição criativa, impedindo que novas empresas assumam posição dominante temporária. O autor reconheceu, à época, que a noção de capitalismo competitivo está sujeita a mudanças institucionais, o que se relaciona com seu entendimento desse sistema econômico como processo histórico evolutivo.

Assim, é possível questionar se o crescimento das empresas de tecnologia e a constante incorporação de produtos conexos não já representaria uma alteração fundamental no mercado e no processo competitivo, iniciando um “Capitalismo dos Trustes”. Nele, novos produtos e serviços são incorporados pelas empresas com maior participação no mercado, que internalizaram o processo inovador.

Veja-se, se determinada empresa desenvolve um produto que pode ser um substituto futuro, é possível que ela se torne competidora no mercado em questão - entretanto, pelo momento do desenvolvimento, essa posição ainda não está consolidada. Para os agentes econômicos que já participam do mercado, a inovação atua como “choque exógeno” (LYRA, 2016, p. 49), ou seja, inserção de um estímulo extrínseco às condições atuais. Como essas empresas já atuam no mercado, têm maior facilidade para identificar concorrentes nascentes e

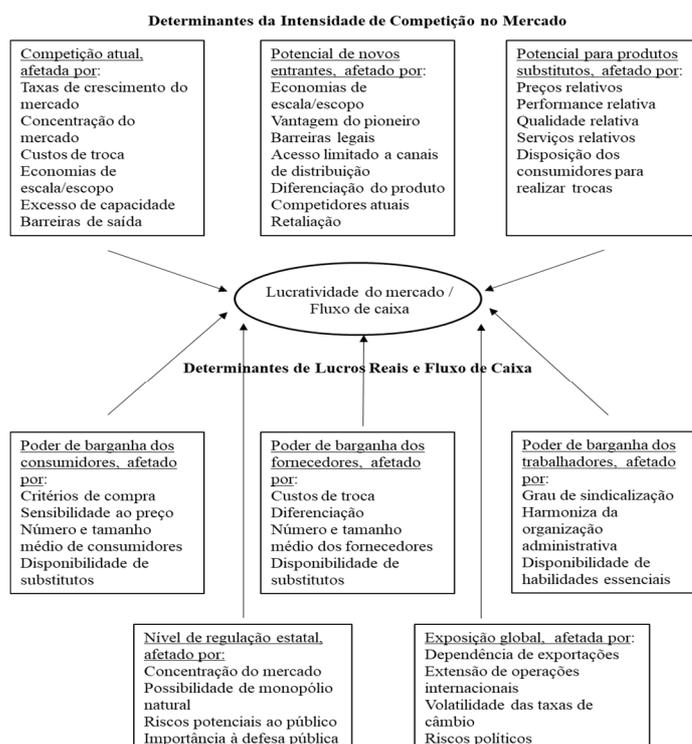
³⁴ Lemos (2021, p. 34), em estudo empírico que considerou as aquisições entre 2009 e 2018 de Amazon, Apple, Facebook, Google e Microsoft chegou a um total de 476 operações de fusões e aquisições, número que demonstra histórico expressivo de atos de concentração por tais plataformas.

potenciais, dado que o monitoram frequentemente (KATZ, 2020, p. 9) e podem reagir de forma célere a alterações no mercado buscando a manutenção da posição dominante.

Retoma-se a particularidade de que, nos cenários digitais, é possível – e, por vezes, mais provável – que a competição seja pela predominância no mercado, não pela coexistência de empresas (competição *pele* mercado). É parte do movimento empresarial observar a concorrência e as práticas adotadas. Nos cenários digitais, estudo empírico conduzido no Rio Grande do Sul com executivos de empresas de *softwares* constatou que o aprendizado com a concorrência tem por intenção a reação a práticas que podem gerar predominância da empresa inovadora no mercado (BOISSIN, FREITAS, MARTENS, RAMOS, 2013, p. 223).

Atos de concentração em estágios prematuros, portanto, podem ser uma resposta a essa observação. Dessa forma, as empresas já estabelecidas podem atuar para adquirir o concorrente nascente ou o produto desenvolvido - por vezes, antes que a autoridade antitruste tenha conseguido identificar possíveis efeitos do ato de concentração ao processo competitivo. DePhamphilis (2011, p. 6), ao esquematizar a análise de lucratividade e dinâmica competitiva de determinados mercados a ser realizada quando um agente decide dar seguimento a um ato de concentração, posiciona a competição potencial e entrante como fator relevante a se considerar:

Figura 1: Quadro resumo de variáveis analisadas na definição da dinâmica competitiva



Ao adentrarem um arranjo comercial, as empresas realizam estudos profundos sobre as dinâmicas do mercado e as características das outras partes envolvidas na operação. Nesse processo, a precificação de eventos futuros é também de grande importância, dado que pode representar maiores ou menores retornos do investimento realizado. Por fazerem parte do mercado, os agentes econômicos encontram-se em posição privilegiada para conduzir e engajar profissionais especializados, sendo a inteligência de mercado uma área essencial para fomentar atos de concentração eficientes.

Nesse escopo, faz-se necessário destacar que uma vez concretizada a aquisição e a diminuição da rivalidade no mercado, após as tratativas negociais e a integração das empresas envolvidas, a atuação da autoridade assume maior dificuldade para a imposição de remédios. Nas palavras de Lina Khan (2017, p. 738), “é muito mais fácil promover competição quando um mercado está em risco de se tornar menos competitivo do que quando um mercado já deixou de sê-lo”. De fato, o retorno ao *status quo ante* à operação é de difícil operacionalização.

Assim, é especialmente importante que as decisões das autoridades sejam tomadas de forma coerente com a realidade dos mercados sob análise, sobretudo considerando o fato de segurança jurídica que deve revesti-las. A análise prévia de situações similares deve pautar também decisões futuras, mas sem que se realize a devida diferenciação das operações sob análise e de suas particularidades, é possível que os parâmetros de decisão tenham efeitos indesejados ao processo competitivo.

3.3.O cenário internacional e a análise de atos de concentração envolvendo plataformas digitais

O avanço das discussões sobre adequação das ferramentas antitruste aos atos de concentração envolvendo plataformas digitais tem repercutido em diversas jurisdições. Dado que este trabalho se volta para a identificação de possíveis adequações na perspectiva brasileira de enfrentamento do tema, a experiência internacional auxilia a entender as bases teóricas e atitudes já implementadas.

Ressalta-se, para fins metodológicos, que o levantamento das informações abordadas nesta seção foi realizado de forma exploratória, e focou nos Estados Unidos e na Europa. Essa escolha deu-se pela facilidade de acesso aos materiais e, também, pela expressividade que tais regiões assumem no estudo da matéria antitruste. No Brasil, houve forte

influência do Sherman Act norte-americano na construção da doutrina antitruste, e as ideias da Escola de Chicago influenciaram em muito o primeiro Guia de Análise de Atos de Concentração (FRAZÃO, 2017, p. 137), cuja versão mais recente destaca também contribuições europeias, destacando a importância das duas jurisdições (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 7).

A princípio, deve-se esclarecer que a construção doutrinária aqui explicitada, pautada na aplicação de conceitos econômicos e na utilização de ferramentas como a regra da razão e a análise de efeitos das operações, é pano de fundo comum às discussões. Como tema central para a adequação das ferramentas antitruste estão a incerteza que marca negócios inovadores e os desafios das particularidades das plataformas digitais, principalmente no que tange ao fortalecimento de seu poder de mercado³⁵. Além disso, importante destacar que o cenário brasileiro possui particularidades que serão melhor exploradas adiante e que, portanto, a exposição das medidas tomadas em outras jurisdições não se reflete em transição automática para a ordem jurídica nacional, dado que devem ser respeitadas as condições e o panorama de aplicação do antitruste.

3.3.1. Estados Unidos

Khan (2017, p. 721) explica que, nos Estados Unidos, o tratamento dos atos de concentração reflete a teoria do preço, na medida em que seriam proibidos aqueles que "criarem ou aumentarem 'poder de mercado', definido como 'habilidade de uma ou mais empresas manterem preços lucrativos acima dos níveis de competição'". Aplicam-se, portanto, as dificuldades explicadas acima e as posições de estudiosos do tema.

Quanto à análise prévia das autoridades antitruste, o *Hart-Scott-Rodino Act* traz três testes que devem ser atendidos cumulativamente para que a operação seja de notificação obrigatória. O primeiro se refere ao mercado geográfico de atuação, sendo que ao menos uma das partes envolvidas deve exercer atividades com efeitos nos EUA.

³⁵ Sobre a aplicação do antitruste a mercados de alta inovação: “*the need for customisation was particularly noted as regards: defining markets and assigning market shares; assessing the significance of changes in market structure; giving proper weight to benefits consumers reap through innovation; assessing the ability of merging parties to exclude or restrict competitors; and designing appropriate remedies*” (OECD, 2002, p. 8).

Adicionalmente, a operação deve resultar na detenção de ativos ou participação societária por uma das partes maior do que 101 milhões de dólares. Por fim, caso a operação exceda esse valor, mas não atinja o montante de 403,9 milhões de dólares, ao menos uma das envolvidas deve possuir faturamento anual ou total superior a 202 milhões de dólares, e a outra superior a 20,2 milhões (ICLG, 2021). Esses valores são ajustados anualmente, com base no Produto Nacional Bruto (PNB) dos Estados Unidos (CHOATE, 2022).

Além das operações que se enquadrem nos critérios elencados acima, a FTC e o DOJ podem revisar transações adicionais que estejam fora dos parâmetros, aplicando o *Clayton Act*. Essa análise pode ocorrer antes ou depois da consumação da operação (NAEGELE, 2021, p. 38), e representa uma possibilidade de que as autoridades identifiquem riscos à competição no mercado em operações de aparente menor relevância comercial.

A *Federal Trade Commission* (2019, p. 5-6) explica que atos de concentração envolvendo dois competidores já atuantes no mercado são analisados de forma objetiva. A autoridade deve identificar se a eliminação de um concorrente pode criar, aumentar ou reforçar o poder de mercado, ou facilitar seu exercício. Isso ocorre se, ao eliminar a restrição competitiva, há atuação de uma das empresas para aumentar o preço, reduzir a qualidade ou a produtividade, diminuir a inovação ou de qualquer outra forma prejudicar os consumidores.

Especificamente considerando competição nascente e potencial, o FTC (2019, p. 15) destaca que o *Sherman Act*, a legislação estadunidense que pauta a disciplina antitruste, não requer provas de que a entrada teria melhorado a competitividade no mercado ou ocorrido caso a operação não fosse concretizada. A questão analisada nessas hipóteses é se, em geral, a exclusão de restrições nascentes é razoavelmente capaz de contribuir significativamente para a consolidação do poder de mercado do incumbente³⁶, sem que existam justificativas pró-competitivas que a compense. Por esse entendimento, entende-se que a doutrina norte-americana aceita o racional econômico de que pode haver eficiências que justifiquem a adoção de condutas, a princípio, anticompetitivas.

Do ponto de vista empresarial, a venda do agente econômico nascente pode representar uma estratégia de saída valiosa, que encorajaria investimentos e inovação nos mercados envolvidos. Para as empresas incumbentes, entretanto, a aquisição de competição nascente ou potencial pode ter como objetivo desafiar o posicionamento de mercado que as

³⁶ A autoridade explica que esse entendimento foi construído na análise do caso Microsoft, mencionado previamente. Para mais informações, ver THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, 1998.

empresas adquiridas obteriam, visando proteger e/ou aumentar o poder de mercado das já estabelecidas. Nessas situações, o FTC enxerga que a operação poderia ser coibida pela Seção 2 do *Sherman Act* (FTC, 2019, p. 4).

Considerando ainda o *Clayton Act*, que visa proibir atos de concentração anticompetitivos e práticas como preço predatórios/discriminatórios, o FTC (2019, p. 6-8) destaca que a Seção 7 da referida lei pode ser aplicada para prevenir atos de concentração que possam substancialmente diminuir a competição no mercado ou que sejam tendentes a criar um monopólio. Como destacado, essa é uma possibilidade também para a análise de operações que não se enquadrem nos critérios estabelecidos para notificação obrigatória às autoridades. Para determinar se a operação possui características de possível prejuízo ao cenário competitivo e seus efeitos, diversas são as ferramentas das quais a autoridade se vale, de natureza qualitativa e competitiva.

Destaca-se especialmente a coleta de dados de participantes do mercado sob análise e de especialistas e ressalta-se que a análise de atos de concentração é necessariamente preditiva, ou seja, envolve cenários incertos e probabilidades. A autoridade estadunidense entende, contudo, que em mercados de tecnologias dinâmicas e plataformas digitais as evidências passadas do mercado, isto é, o levantamento de informações sobre sua dinâmica atual e passada de funcionamento, pode não representar o cenário futuro de rivalidade entre as empresas (FTC, 2019, p. 6).

Em 2019, porém, a FTC entendia que essas particularidades poderiam ser trabalhadas dentro do arcabouço legislativo já existente. Nessa oportunidade, ressaltou-se que as *Horizontal Merger Guidelines* emitidas conjuntamente por FTC e DOJ já consideravam a possibilidade de que futuros entrantes no mercado sob análise fossem enquadrados como participantes atuais, ainda que sua receita não fosse proveniente dele no momento da análise antitruste (FTC, 2019, p. 8). Dessa forma, para as autoridades antitruste dos Estados Unidos não havia, à época, necessidade de reforma legislativa para lidar com atos de concentração envolvendo plataformas digitais.

Esse posicionamento não impediu que estudos no setor continuassem a apontar os desafios do tema; e, especialmente, a conexão entre concentração econômica e poder político. Em 2020, o Congresso estadunidense publicou um relatório com suas principais conclusões após investigações sobre a competição em mercados digitais. O documento mapeou os atos de

concentração realizados por Amazon, Apple, Facebook e Google, separando-os de acordo com mercados de atuação e valores da operação, quando divulgados.

Desde 1998, as quatro empresas adquiriram coletivamente mais de 500 agentes econômicos, sem que houvesse um bloqueio por parte das autoridades antitruste nos Estados Unidos³⁷. A maioria das operações não chegou a ser analisada previamente, já que competidores iniciantes frequentemente possuem seu valor em dados, não expresso em pecúnia. Nessa combinação, dificilmente o escrutínio antitruste seria acionado se a aquisição fosse abaixo dos parâmetros estabelecidos pela legislação, determinados por uma abordagem focada em preço (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 44).

Pelos dados levantados, algumas das empresas adquiridas tiveram seus produtos incorporados aos das grandes plataformas, de forma a melhorar o produto original, mas outras operações tiveram como objetivo eliminar rivais e proteger a posição dominante no mercado (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 150; 307-308). De maneira geral, o Congresso identificou que diversos desses atos de concentração diminuíram a competição e aumentaram o poder de mercado das *big techs* (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 392).

Até a publicação do relatório, todas as empresas analisadas focaram suas aquisições mais recentes em *startups* de inteligência artificial e espaços de realidade virtual, o que se conecta com a expansão de serviços e atuação que tem sido encabeçada principalmente pela Meta (antigo Facebook) e o metaverso. A preocupação principal levantada pelo Congresso é que atos de concentração envolvendo inteligência artificial e outros mercados emergentes possibilitem a consolidação das plataformas digitais como controladoras da tecnologia futura (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 386-387), sujeitando os consumidores ao ambiente imposto por elas.

Quanto à adequação do arcabouço normativo estadunidense, autores como Hemphill e Wu (2020, p. 15-17) e Kwoka (2020, p. 93-100), elencam a possibilidade de adequar a legislação em vigor para análise de atos de concentração nos mercados digitais. O Congresso, no relatório referido, elencou como possíveis medidas (i) a adoção da presunção relativa de

³⁷ O Congresso ressaltou que na maioria dos casos que passaram por análise prévia, as agências antitruste não solicitaram informações ou documentos adicionais para determinar se a operação poderia diminuir de forma substancial a competição ou favorecer a criação de um monopólio, o que seria de sua competência pelo *Clayton Act*. Como exemplo, destacou que das quase 100 aquisições realizadas pelo Facebook, apenas a do Instagram passou por investigação extensiva (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 11).

proibição para atos de concentração conduzidos pelas plataformas digitais, e (ii) o reforço da aplicabilidade da Seção 7 do *Clayton Act*, incluindo pela restauração de presunções contrárias às empresas dominantes no mercado, do padrão de incipiência³⁸ pelas autoridades antitruste, protegendo concorrentes nascentes e fortalecendo a legislação aplicável a atos de concentração verticais (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 387).

Alguns políticos, por outro lado, clamam pela edição de leis completamente novas, objetivando, por exemplo, transformar determinadas empresas em *platform utilities*. A partir dessa caracterização, empresas de grande porte não poderiam ser proprietárias das plataformas em que atuam como participantes, proporcionando uma estrutura separada (COUTINHO, GONÇALVES, 2019, p. 3). Tem-se, portanto, uma retomada do discurso de separação das grandes empresas de tecnologia, de forma a mitigar seu poder de mercado e a influência sobre demais participantes do mercado.

O cenário dos EUA e a abordagem regulatória dos atos de concentração envolvendo empresas digitais teve episódio recente com a indicação de Lina Khan em 2021 para o comando da FTC. Após o apontamento, o órgão emitiu posicionamento oficial destacando que uma de suas prioridades é a revisão das diretrizes para análise de atos de concentração, especialmente considerando as dificuldades do cenário digital.

De forma diversa do entendimento em 2019, o FTC destacou que os critérios da legislação, como aplicados atualmente, representam uma estrutura “estreita e desatualizada para avaliar atos de concentração”, sendo que a revisão das diretrizes poderia melhorar a fiscalização das autoridades antitruste, com base na realidade da atuação empresarial. Além disso, reconheceram que o aumento das operações não foi acompanhado de escrutínio das autoridades antitruste na mesma proporção (DOMINGUES, GABAN, KLEIN, 2021, p. 322). O avanço das discussões nos Estados Unidos e os reflexos da alteração de entendimento por parte das autoridades pode ter impactos futuros relevantes, e vai em linha com mudanças em outras jurisdições, como na Europa.

³⁸ Incipiência é o termo pela qual se descreve o teste que identifica, sob o escopo do *Clayton Act*, se a conduta ou operação pode substancialmente diminuir a competição no mercado ou resultar na criação de monopólio. A ideia é identificar e impedir o efeito anticompetitivo quando ele ainda não ocorreu (ou seja, é incipiente) e, portanto, tem um teor prospectivo (STEUER, 2019).

3.3.2. União Europeia

Enquanto as autoridades antitruste dos Estados Unidos não foram tão ativas no combate de condutas anticompetitivas por parte das empresas digitais, a Comissão Europeia e as autoridades antitruste nacionais assumiram posição de destaque na atuação com plataformas (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 91-92). Assim, é importante identificar as medidas adotadas nesse âmbito. Destaca-se, contudo, que a seleção dos resultados partiu daqueles que receberam maior atenção nas fontes selecionadas para este estudo e, portanto, é possível que algumas experiências internacionais dos países do bloco econômico não sejam elencadas nesta seção. Em adição ao panorama comunitário, serão ressaltadas as experiências da Alemanha e da Áustria e, apesar da separação em decorrência do Brexit, desenvolvimento recentes do tema no Reino Unido.

Para entender o cenário da União Europeia, deve-se ter em mente que a competência da Comissão Europeia para análise de atos de concentração não se confunde com a das autoridades nacionais dos Estados-Membros. De acordo com o Regulamento nº 139/2004 (UNIÃO EUROPEIA, 2004), a primeira volta-se a atos de concentração que possuam dimensão comunitária. O texto define assim as situações em que, a princípio, (a) o volume de negócios total combinado em escala global das partes for maior do que 5000 milhões de euros; e (b) o volume de negócios total individual de pelos menos duas partes envolvidas na operação seja maior do que 250 milhões de euros, exceto se ao menos dois terços do total dos negócios de cada parte sejam realizados em um único Estado-Membro.

Além dessas, têm dimensão comunitárias as operações (i) cujo volume de negócios global das partes ultrapasse 2500 milhões de euros; (ii) em ao menos três Estados-Membros o volume combinado de negócios das partes seja maior que 100 milhões de euros; (iii) em ao menos três Estados-Membros dos considerados para o item (ii) o volume individual de negócios de ao menos duas partes seja maior do que 25 milhões de euros; e (iv) o volume de negócios individual total de ao menos duas partes na União Europeia seja maior do que 100 milhões de euros. O regulamento excetua situações em que ao menos dois terços do volume de negócios de cada parte seja realizado em um único Estado Membro.

As operações que não se enquadrem nos critérios acima são de competência das autoridades antitruste nacionais, com suas respectivas normativas. Nessa seção, serão apresentadas iniciativas tanto em nível comunitário quanto em nível nacional (especialmente,

da Alemanha e da Áustria), de forma a apresentar um panorama geral do entendimento acerca da análise antitruste de atos de concentração envolvendo plataformas digitais.

A princípio, destaca-se que a política europeia tende a ser mais intervencionista do que a estadunidense³⁹, o que pode remeter às origens ordoliberalistas (MARTINS, 2018, p. 189). Um exemplo de como isso reflete o pioneirismo com relação à regulação das relações comerciais e consumeristas no âmbito comunitário foi a edição do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (GDPR).

Com entrada em vigor em 2018, o GDPR foi uma das primeiras normativas a estabelecer regras aplicáveis ao tratamento de dados pessoais dos usuários - tanto em âmbito privado quanto público. A referida lei adota o consumidor (usuário) como centro; e busca fornecer autonomia para a escolha de como será o tratamento dos dados fornecidos, principalmente no ambiente digital.

Na verdade, a preocupação com o consumidor em tais cenários tem sido pauta central das discussões e avanços europeus no tema. A UNCTAD (2019, p. 138) destaca que as autoridades antitruste quase raramente consideram que a captura e o tratamento de dados dos usuários possa ser uma fonte de poder monopolista, mas a Comissão Europeia é exceção, tendo já reconhecido essa particularidade em algumas situações.

No caso AT.40099, relativo à utilização obrigatória de serviços Google no sistema operacional Android, a Comissão identificou que a empresa coletava dados por seus produtos e serviços. Isso garantia que recebesse um fluxo contínuo de informação dos usuários que poderia ser aplicado no setor de buscas e publicidade (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 28). Dessa forma, os dados são incorporados no próprio modelo de negócios da plataforma e facilitam com que os resultados de busca apresentados sejam mais relevantes aos consumidores.

Nessa análise, ao aplicar multa à plataforma digital, a Comissão entendeu que a conduta de conexão obrigatória do Chrome com a Play Store e o mecanismo de busca do Google Search foi capaz de prejudicar, direta ou indiretamente, os consumidores. A atuação da empresa teria diminuído as escolhas disponíveis, interferindo no processo competitivo e impedindo a inovação no setor. Ainda, a conduta teria facilitado a manutenção da posição dominante em

³⁹ Episódio que pode elucidar como tal diferença se reflete na prática é o caso *Google Shopping*. Enquanto na União Europeia houve a condenação da empresa pelo potencial de fechamento de mercado e pela redução dos incentivos à inovação por comparadores de preços, nos Estados Unidos a FTC decidiu que os prejuízos experimentados pelos concorrentes do Google seriam consequência do processo competitivo (FERNANDES, 2022, p. 21).

cada mercado nacional, no setor de buscas gerais (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 222). Pelos argumentos decisórios, a Comissão reconheceu que a diminuição de escolha dos consumidores pode assumir caráter anticompetitivo, ressaltando a relação entre a concorrência entre empresas e as relações consumeristas.

Também na oportunidade a Comissão pronunciou-se sobre o abuso de posição dominante pelo Google, na qualidade de plataforma digital⁴⁰. Na análise, foi esclarecido que o fato de um agente possuir posição dominante em determinado mercado não o impede de adotar condutas abusivas em outros setores de atuação, cujos efeitos podem inclusive não ter reflexos no mercado de dominância (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 162). Mesmo nessas hipóteses, não se afasta a responsabilidade especial da empresa dominante.

Essa aplicação refere-se à doutrina europeia que determina que o agente econômico dominante se comporte de maneira a não destruir as condições de mercado (MARTINS, 2018, p. 176). Tem-se, nessa linha, a imposição de um ônus às empresas incumbentes quanto à observação das condições de mercado e não adoção de condutas que possam prejudicá-lo.

Para atos de concentração, tais entendimentos foram também transpostos. Margrethe Vestager, Comissária Europeia para a Concorrência destacou que, após os achados da Comissão que indicavam a proteção de dados como uma dimensão importante da competitividade, ela foi integrada como um parâmetro de qualidade para análise das operações (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 56). Dessa forma, a Comissão pode levantar quais seriam os impactos da concentração especificamente para a proteção de dados dos usuários, ou seja, se eles poderiam ser prejudicados nesse âmbito.

Para além dos critérios de notificação descritos acima, e da aplicação de testes como o monopolista hipotético, ferramenta normalmente utilizada na análise europeia, haveria um efeito adicional a considerar. Considerando as dificuldades da aferição de parâmetros pecuniários nos mercados digitais, a privacidade e a utilização dos dados dos usuários são variáveis que refletem impactos na qualidade do serviço prestado ao usuário final.

Mais recentemente, o avanço das discussões sobre a regulação das plataformas digitais e suas condutas levou à publicação do *Digital Markets Act*. A legislação será aplicável aos agentes econômicos que atuam como *gatekeepers*, fornecedores de serviços principais de

⁴⁰ O tema foi também trabalhado no caso AT 39.740 - Google Search (Shopping) (COMISSÃO EUROPEIA, 2017), especificamente sobre a utilização do Google Shopping pela empresa e pelo favorecimento do serviço de compra próprio em detrimento dos demais participantes do mercado.

plataforma (“*core platform services*”) nos respectivos mercados de atuação, conforme apontados pela Comissão Europeia. A preocupação com o poder de mercado das grandes empresas de tecnologia fica clara com a leitura dos critérios estabelecidos para a caracterização.

As empresas, ou grupos de empresas, sujeitas são aquelas que (i) possuem um impacto significativo no mercado interno europeu, o que se presume se o faturamento anual do grupo na União Europeia for maior do que 7,5 bilhões de euros em cada um dos três últimos exercícios financeiros, ou se a capitalização média ou avaliação a valor justo for de ao menos 75 bilhões de euros no último exercício financeiro, e se os serviços forem prestados em ao menos três Estados-Membros; (ii) fornecem serviços que funcionam como portas de entrada para usuários comerciais alcançarem usuários finais, o que se presume se o serviço tiver mais do que 45 milhões de usuários finais europeus ativos por mês e mais do que 10.000 usuários comerciais europeus ativos por ano; e (iii) possuem uma posição estável e duradoura, ou a terão no futuro próximo, o que se presume se os parâmetros de base de usuários indicados nos itens (i) e (ii) forem excedidos em cada um dos últimos três exercícios financeiros (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

Pelos parâmetros descritos, as obrigações serão impostas às plataformas que possuem posição relevante sob o escopo comunitário, ou seja, com reflexo em mais do que três Estados-Membros da União Europeia, e que exercem papel central nos respectivos mercados de atuação. Chama atenção a menção específica à posição de intermediador entre os usuários comerciais e os usuários finais, de forma a abarcar especificamente as plataformas transacionais que podem limitar o acesso de um dos lados do mercado ao outro. O texto é, portanto, especificamente voltado para regular a atuação das plataformas digitais que exercem posição dominante, considerando as particularidades específicas de seus negócios.

Além disso, destaca-se que o *Digital Markets Act* tem caráter de regulação *ex ante*, ou seja, busca coibir as práticas lesivas antes que elas ocorram. A Comissão entende que as medidas são proporcionais e não aumentariam o ônus da autoridade, dado que foram delineadas para atingir agentes específicos, prevendo o dever de cooperação (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

Especificamente com relação aos atos de concentração nos mercados digitais envolvendo os *gatekeepers*, a norma impõe que sejam notificados todos aqueles que sejam conexos aos setores digitais e a dados. A operação, para que seja obrigatoriamente notificada,

pode envolver outra plataforma fornecedora de serviços principais ou quaisquer outros serviços no setor digital, ainda que não atenda aos parâmetros do Regulamento nº 139/2004.

A notificação deve ser prévia à implementação do ato; e logo após a conclusão do acordo e/ou outro negócio jurídico que a determine. Em termos de conteúdo, deve conter ao menos para as empresas alvo da aquisição (i) o faturamento global e específico no espaço econômico europeu; (ii) o faturamento anual relativo aos serviços principais de plataforma no espaço econômico europeu; (iii) o número anual de usuários comerciais ativos e o número mensal de usuários finais ativos, bem como (iv) o racional para que o ato de concentração seja realizado (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

Especialmente pelo item (iv), nota-se que o ônus de demonstrar a racionalidade da operação é dos agentes envolvidos, sendo a preocupação da Comissão com a concentração de poder econômico. São deixados de lado os parâmetros pecuniários para a obrigação inicial de notificar a autoridade, mas as informações que devem ser fornecidas possibilitam à Comissão analisar o cenário envolvendo o ato de concentração, baseado tanto no faturamento das partes quanto no número de usuários digitais.

Caso as obrigações impostas não sejam cumpridas, a Comissão pode impor multas de até 10% do faturamento global total da empresa, com base no último exercício financeiro; e tal montante pode atingir 20% se o descumprimento for reiterado. Ainda, se o descumprimento for sistemático, a Comissão pode proibir a empresa de realizar qualquer aquisição por um determinado período (PARLAMENTO EUROPEU, 2022). Pelas medidas, a preocupação com a efetividade da normativa é um dos pontos centrais do texto, o que pode se justificar pela necessária cooperação dos agentes econômicos para que seja cumprido.

No entendimento do Parlamento Europeu (2022), o *Digital Markets Act* evita que pequenos negócios encarem os custos de uma regulação excessiva. Sua implementação permitiria que desenvolvedores de aplicativos tenham oportunidades novas, que os pequenos negócios tenham maior acesso a dados relevantes para seus setores de atuação e que o mercado de publicidade online se torne mais justo.

Apesar de o texto final ter sido publicado, a vigência da normativa ainda não foi iniciada, de forma que seus efeitos deverão ser analisados no futuro. Além disso, as disposições do *Digital Markets Act* são adicionais à aplicação das normas já vigentes em âmbito comunitário, conforme aplicáveis, e das regras nacionais dos Estados-Membros.

Assim, permanecem em vigor as alterações já introduzidas por jurisdições como Alemanha e Áustria, que alteraram os parâmetros para notificação obrigatória de atos de concentração às autoridades antitruste a partir de 2018. A iniciativa foi motivada principalmente pela experiência de casos envolvendo as plataformas digitais e, especificamente, a compra do Whatsapp pela Meta, cujo valor foi de 19 bilhões de dólares, porém abaixo dos critérios para a notificação obrigatória na União Europeia e no território nacional (SCHRODER, 2019, p. 152). Dessa forma, a principal mudança foi a inclusão do valor da transação como uma das hipóteses que leva a autoridade antitruste a determinar se irá analisar extensivamente a operação antes de sua implementação.

Na Alemanha, o critério do valor da transação foi inserido como caráter alternativo ao faturamento das partes. Assim, devem ser comunicadas às autoridades alemãs os atos de concentração em que: (a.i) o faturamento global combinado das envolvidas seja ao menos de 500 milhões de euros e; (a.ii) o faturamento de uma das partes na Alemanha seja ao menos de 50 milhões de euros; e (a.iii). o faturamento de qualquer outra parte na Alemanha seja superior a 17,5 milhões de euros.

Alternativamente, são de notificação obrigatória também as operações em que (b.i) o faturamento global combinado das partes seja ao menos de 500 milhões de euros; (b.ii) o faturamento de uma das partes na Alemanha for maior do que 50 milhões de euros; e (b.iii) nem a empresa alvo ou qualquer outra envolvida tenha atingido um faturamento na Alemanha maior do que 17,5 milhões de euros; (b.iv) a contraprestação pela operação exceder 400 milhões de euros; e (b.v) a empresa alvo enquadrada no item (b.iii) exerça atividades substanciais na Alemanha (BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, 2021, p. 19-20).

Por fim, a autoridade alemã pode determinar que uma empresa notifique atos de concentração em um ou mais setores da economia se (c.i) o faturamento global da empresa for maior do que 500 milhões de euros; (c.ii) existam indicações objetivas e verificáveis de que atos de concentração futuros possam impedir a competição efetiva na Alemanha nos setores da economia especificados; e (c.iii) a empresa forneça ao menos 15% dos bens e serviços integrantes do mercado alemão do setor especificado. Nessa hipótese, deverão ser notificadas as operações em que a empresa alvo atingiu um faturamento maior do que 2 milhões de euros e ao menos dois terços de seu faturamento tenha ocorrido na Alemanha (BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, 2021, p. 23).

Naegele (2021, p. 34-35) destaca que os altos valores estabelecidos como parâmetro garantem que o custo da autoridade para realizar a análise diminua, funcionando também como filtro de relevância das operações selecionadas. Estariam excluídos atos de concentração que fossem de menor importância com relação à concentração de mercado e valor dos ativos envolvidos. Importante destacar que o termo utilizado pela normativa alemã (“*consideration*”, ou seja, contraprestação) abre a possibilidade para que se considerem todos os ativos envolvidos, incluindo *big data*, ainda que, nesses casos, seja necessária uma avaliação de seu valor econômico.

Na Áustria, a iniciativa foi incluída por meio do Kartell-und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz (*Act Amending the Antitrust and Competition Act*) 2017, com parâmetros mais baixos do que os alemães. Adicionalmente aos critérios relacionados ao faturamento, incluiu-se o “teste do tamanho da transação”, de forma que sejam notificadas obrigatoriamente as operações em que: (i) o faturamento combinado das partes seja maior do que 300 milhões de euros globalmente; e 15 milhões de euros na Áustria; (ii) a contraprestação pela operação exceda 200 milhões de euros; e (iii) a empresa alvo tenha atividade relevante ativa no território austríaco.

De forma geral, os parâmetros adotados são similares aos da Alemanha, apenas com valores menores para consideração - o que pode se relacionar com o tamanho da economia austríaca em comparação à alemã. As mudanças têm como objetivo evitar a formação de monopólios na economia digital, mas há críticas de que a redação carece de segurança jurídica e abre margem a interpretações muito amplas. Isso ocorreria principalmente no entendimento do que poderia ser considerado como contraprestação e atividade relevante no território nacional pelas autoridades antitruste (CMS LAW-NOW, 2017, p. 4).

Tendo em vista a proximidade das normas, os dois países lançaram de forma conjunta em 2018 o Guia sobre os Parâmetros de Valor da Transação para Notificações Mandatórias de Atos de Concentração (“*Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Premerger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG*”). Como ocorre no Brasil e mediante críticas como as destacadas acima, as autoridades buscaram esclarecer como seria realizada a análise em diversos cenários, a exemplo de atos de concentração envolvendo transações pecuniárias, valores mobiliários, troca de ativos empresariais etc.

Há também seção específica para o que seria considerado como operações domésticas substanciais, fornecendo exemplos de casos que deveriam ser notificados em determinados setores, como na economia digital (BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE, 2018). Pelo documento, fica claro que são incluídos como contraprestação todos os ativos e outros valores que a empresa alvo possa receber como parte da transação, incluindo passivos financeiros assumidos pelo adquirente, ativos tangíveis e intangíveis.

Quanto à efetividade desses critérios, até dezembro de 2019, 18 notificações haviam sido feitas na Alemanha; e 20 atos de concentração haviam sido objeto de análise na Áustria. Todos foram aprovados sem restrições (NAEGELE, 2021, p. 36-37). Assim, entende-se que uma análise pormenorizada seria necessária para entender a aprovação dos casos e os argumentos analisados, sendo que os efeitos da adoção dos novos critérios permanecem incertos e podem ser objeto de estudo futuro.

Por fim, destaca-se a experiência do Reino Unido⁴¹, onde as discussões sobre as dificuldades impostas às autoridades pela economia digital levaram à formação de uma comissão independente para o estudo do tema. Como resultado, foi publicado em março de 2019 o “*Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*” (DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019). O relatório conclui que a política antitruste requer atualizações para lidar com os desafios da economia digital e que algumas delas podem ocorrer utilizando as ferramentas já existentes, mas não descarta a necessidade de alterações legais para garantir a efetividade do antitruste.

Como proposta principal, o painel recomendou a criação da *Digital Markets Unit* (DMU), prevendo a necessidade de poderes suficientes para garantir a efetividade de normas voltadas para autonomia do consumidor e proteção da concorrência no cenário digital. De fato, o governo do Reino Unido implementou a DMU, inserida na *Competition and Markets Authority*, mas ressaltou que os poderes necessários requerem nova legislação, de forma que, até a conclusão desse processo, o órgão possui caráter não-estatutário e tem atuado com trabalhos preparatórios (GOV.UK, 2021).

⁴¹ Apesar de o país não ser parte da União Europeia desde a conclusão do *Brexit*, em 31 de janeiro de 2020, a proximidade geográfica e cultural, bem como o desenvolvimento das discussões, é suficiente para que assumam relevância para este trabalho. Ademais, à época de algumas das medidas citadas nesta pesquisa, o país ainda era integrante do bloco.

A DMU teria como primeira responsabilidade a elaboração de um código de conduta competitiva para os agentes econômicos, com o envolvimento dos participantes do mercado. O painel recomenda que ele seja aplicável somente às empresas que assumam posição de mercado estratégica, com elevado poder de mercado, para reduzir as barreiras a empresas menores (DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019, p. 5). Há, portanto, um ponto de conexão com o *Digital Markets Act* europeu, cujas medidas são implementadas apenas para as plataformas que atuam como *gatekeepers*.

Ainda, visando diminuir as barreiras à entrada nos mercados digitais, o DMA auxiliaria na implementação da mobilidade e interoperabilidade de dados pessoais e de sistemas entre plataformas (DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019, p. 6). O foco seria estabelecer padrões abertos, que possibilitem a concorrência no setor e diminuam o poder de mercado dos *first movers*.

Vê-se que, na Europa, as discussões sobre os impactos da atuação das *big techs* têm recebido atenção contínua, o que resultou na adoção de medidas concretas pelas autoridades. Especialmente com relação a atos de concentração, a atenção foi dada à possibilidade de que os casos cheguem ao conhecimento dos órgãos competentes, a depender de sua relevância, antes que sejam concretizados. Ademais, tem sido incluída nas normativas a percepção de que o parâmetro de análise e as ferramentas baseadas em preço, utilizadas comumente na doutrina antitruste tradicional, podem não ser suficientes para refletir a realidade dos mercados digitais e, portanto, critérios alternativos podem ser adotados.

3.4. Análise de Atos de Concentração no Brasil

Para entender como a análise antitruste de atos de concentração é conduzida no Brasil, deve-se deixar claro que as construções estadunidenses do *Sherman Act* influenciaram muito. Entretanto, o papel da Constituição Federal de 1988 e seu caráter abrangente, pelo qual tem-se uma “constituição-dirigente”, que define “fins e programa de ação futura” (SILVA, 2015, p. 8) forneceram também à doutrina brasileira contornos particulares.

Tanto a liberdade de iniciativa econômica quanto a livre concorrência são princípios da ordem econômica constitucional, conforme dispostos no artigo 170 da CF/88, e não representam conceitos antagônicos, mas sim complementares. A primeira remete ao princípio

do liberalismo econômico, que, nos moldes de uma constituição voltada para a realização da justiça social e do bem-estar coletivo (SILVA, 2015, p. 808), está adstrito à observância de outros ditames.

Especialmente, a Constituição Federal entende a livre concorrência como manifestação da liberdade de iniciativa, ou seja, como a possibilidade de que diversos agentes econômicos coexistam e tenham a liberdade de participar da ordem econômica. Nas palavras de Eros Roberto Grau (2017, p. 205) “livre concorrência [...] significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública”.

Para garanti-la, o artigo 173, §4º da Constituição Federal estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 1988). Importante destacar que a ordem jurídica nacional não veda o exercício e nem a existência do poder econômico, sendo a intervenção estatal adstrita a coibir seu abuso (SILVA, 2015, p. 809), quando são observados efeitos negativos à sociedade.

Nesse cenário a concorrência e a política da concorrência são utilizados como ferramenta (FORGIONI, 2013, p. 187) para o desenvolvimento e crescimento econômico (MARTINEZ, 2008, p 16). O direito concorrencial assume, em consonância com tal entendimento, aspecto instrumental, sobre o qual Forgioni (2013, p. 187) ensina:

O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, *meio, instrumento*, para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Da mesma forma, Eros Roberto Grau (2017, p. 206-207) destaca que a legislação antitruste infraconstitucional, concretizada na Lei 12.529/2011, volta-se à “prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”. Suas regras, portanto, buscam dar efetividade aos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores, e repressão ao abuso do poder econômico.

Estando claro o panorama constitucional que reveste a matéria, a aplicabilidade do direito antitruste no Brasil e a análise de como é feita, especialmente envolvendo casos desafiadores como os dos atos de concentração das plataformas digitais, não podem ignorá-lo. A evolução da doutrina internacional antitruste e seus ensinamentos convivem no Brasil com os preceitos constitucionais, a serem concretizados pelos operadores do direito.

Sabendo que a Constituição não reprime o poder econômico *a priori*, a doutrina brasileira utiliza como uma de suas principais ferramentas a análise dos efeitos das operações e condutas empresariais. Especialmente para práticas unilaterais, apuram-se os efeitos líquidos negativos para que possam ser objeto de condenação. Entretanto, como destacado, para mercados com alta taxa de inovação, “parte das ferramentas tradicionais da análise antitruste perde a efetividade” (DOMINGUES, GABAN, SILVA, 2018, p. 2).

Atento aos desafios, o CADE tem trabalhado na condução de estudos sobre os mercados de atuação das plataformas digitais, levantando as iniciativas e discussões internacionais. Como resultado, houve a publicação de um estudo sobre mercados de plataformas digitais na série “Cadernos do CADE” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021b). O documento traz informações sobre a jurisprudência da autoridade sobre operações e condutas nos mercados de atuação das plataformas digitais, destacando pontos relevantes trabalhados, e visa demonstrar como a análise foi realizada.

Importante destacar que apesar de a literatura internacional ter avançado muito no tema e os estudos voltarem-se principalmente para a atuação das *big techs*, evidências do mercado nacional comprovam que pode haver a utilização de atos de concentração por plataformas digitais como forma de consolidação de empresas nacionais⁴². Reforçada, portanto, a importância do tema, já que, em que pese a atuação de empresas como Meta e Google ser expressiva no país, há também agentes econômicos nacionais nos mercados de atuação das plataformas aos quais podem ser aplicadas as normas antitruste.

Assim, o trabalho desdobra-se sobre as fontes normativas para entender a análise antitruste brasileira como base para o estudo dos casos selecionados e das decisões da autoridade antitruste tomadas ao longo da condução dos procedimentos administrativos. Por esse caminho metodológico, a investigação torna-se melhor guiada e permite a correlação entre as bases para as variáveis levantadas pelo CADE na análise dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais analisados e, porventura, ferramentas que poderiam ser aplicadas e não o foram⁴³.

⁴² Cf. também RODRIGUES (2021), sobre embate no Cade entre Magazine Luiza e Mercado Livre. A autora destaca que até abril de 2021 já haviam sido adquiridas apenas no ano de referência pelo Magalu a Steal The Look, a VipCommerce, ToNoLucro, GrandChef, SmartHint e Jovem Nerd.

⁴³ Nesse sentido, “apesar de o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) ter analisado casos envolvendo plataformas de múltiplos lados, inexistente hoje um padrão de análise consolidado sobre a definição de mercado relevante nestes casos” (ALMEIDA *et. al.*, 2020, p. 378).

Para este trabalho, foram considerados como atos de concentração aqueles elencados pela Lei 12.529/2011 e, especificamente para os estudos de casos, os que envolvem plataformas digitais e competição potencial, conforme classificação do próprio CADE no sistema SEI. Nesse sentido, nota-se que a redação legislativa atual permite a adequação de diversas estruturas jurídicas ao conceito de ato de concentração, passando tanto pela fusão e aquisição de empresas, quanto pela organização de acordo cooperativo, como as *joint ventures*.

O ponto central da seção é demonstrar como atos de concentração envolvendo plataformas digitais e as dificuldades que revestem a análise são trabalhados no Brasil - tanto da perspectiva legislativa quanto jurisprudencial. Dado o recorte do tema, a análise é centrada nos conceitos de inovação e concorrência potencial, o que pautou a seleção dos casos analisados.

Considerando especialmente que as variáveis de eficiência alocativa podem não reproduzir a dinâmica concorrencial do setor, é importante entender como a autoridade brasileira tem trabalhado nesse cenário, a fim de trabalhar eventuais propostas de adequação aplicáveis à realidade brasileira. Ao fim, é essencial o papel da análise antitruste em mercados digitais, dado que ela pode atuar diretamente para prevenir a redução de competição e o abuso de posições dominantes (OECD, 2002, p. 23).

3.4.1. Panorama legislativo brasileiro: a Lei 12.529/2011, o Guia H e sua adequação à competição potencial por inovação

No Brasil, o marco legal para a análise antitruste é a Lei 12.529/2011, também conhecida como Lei de Defesa da Concorrência. Como explicado, trata-se de diploma legal federal, de ordem infraconstitucional, que delimita as condutas empresariais que representam abuso de poder econômico e, portanto, devem ser coibidas.

Nesse contexto, o diploma apresenta enfoque tríplice e versa sobre (i) controle de estruturas; (ii) controle de condutas anticoncorrenciais; e (iii) advocacia da concorrência (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 83). Ademais, a lei permite que o CADE, a autoridade concorrencial que lhe dá concretude, adote medidas tanto no âmbito preventivo, evitando que o efeito anticoncorrencial aconteça; quanto no âmbito repressivo, aplicando remédios a situações já concretizadas.

De forma geral, a ilicitude da prática do agente econômico é definida com base no artigo 36 da Lei 12.529/2011. Pela redação, são consideradas ilegais as práticas que (i) causem prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) gerem domínio do mercado relevante; (iii) gerem aumento arbitrário de lucros; ou (iv) abuso de posição dominante (FORGIONI, 2013, p. 209), em linha com a redação do §4^a do artigo 173 da Constituição Federal.

A abrangência dos termos necessariamente leva à análise casuística das práticas pela autoridade antitruste, que deve averiguar se há o enquadramento em alguma das hipóteses acima, para decidir sobre a proibição ou não do feito empresarial. No cenário preventivo, contudo, tal análise assume caráter preditivo, o que a torna necessariamente incerta e traz elemento adicional de complexidade para a atuação da autoridade.

Com relação aos atos de concentração, a atuação preventiva da autoridade assume exemplo claro pela ferramenta da notificação prévia obrigatória aplicável a determinadas operações. Atualmente e em linha com algumas experiências internacionais demonstradas, o critério que determina quais atos deverão ser apresentados à autoridade baseia-se exclusivamente no faturamento das empresas envolvidas.

Assim, um ato de concentração deve ser notificado se, cumulativamente, uma das partes tenha faturamento mínimo ou volume de negócios no país equivalente a R\$750.000.000,00; e a outra R\$75.000.000,00, conforme valores atualizados mais recentes. Fica clara a importância que os resultados financeiros assumem para a análise antitruste brasileira, dado que funciona como filtro inicial para aprofundamento na conduta das empresas.

De fato, o fato de os critérios de faturamento não serem atingidos fez com que certas operações com grande repercussão internacional não fossem analisadas previamente pelo CADE, a exemplo da aquisição pela Meta do Whatsapp (DOMINGUES, 2019, p. 2). Até o momento de entrega deste trabalho⁴⁴, porém, não haviam sido aprovados critérios adicionais de análise prévia das operações de concentração nos mercados de plataformas digitais.

Deve-se considerar também a Resolução 2/2012, cujo texto encontra-se consolidado na Resolução 33/2022. Especificamente, ela versa sobre a definição de grupo econômico para a legislação antitruste, o enquadramento de determinados atos de concentração no procedimento sumário de análise e, ainda, a delimitação das operações de aquisição de participação societária de notificação obrigatória prévia. Pelo diploma, deve-se apresentar à

⁴⁴ Para conhecimento, 17 de agosto de 2022.

análise do CADE os atos de concentração que (i) acarretem aquisição de controle, unitário ou compartilhado; (ii) nos casos de empresas não concorrentes e sem atuação em mercados verticalmente relacionados, envolvam aquisição de 20% do capital social ou votante; e (iii) caso se trate de concorrente ou empresa verticalmente relacionada, envolvam aquisição de 5% do capital social ou votante ou de acréscimo em participação detida anteriormente (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2022b).

Após a notificação, passa-se ao exame do ato de concentração, cujo resultado pode ser de reprovação ou aprovação, sendo possível a imposição de condicionantes para a concretização da operação. Nesse contexto, a Lei 12.529/2011 traz que atos de concentração que acarretem eliminação da concorrência de forma substancial, criem ou reforcem posição dominante ou possam resultar em dominação do mercado relevante podem ser autorizados, desde que a análise de ganhos de eficiência tenha resultados específicos.

De forma cumulativa ou alternada, a autoridade deve estar convicta de que a operação (a) aumenta produtividade ou competitividade; (b) melhora a qualidade de bens ou serviços; ou (c) propicia eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico. Além disso, é necessário que haja repasse aos consumidores de parte relevante dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos com a concretização do ato (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 8).

Adicionalmente às normativas, tem-se como peça central da análise antitruste o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 9), também conhecido como Guia H, que esclarece que a averiguação do cumprimento dessas condições é responsabilidade do CADE, enquanto autoridade antitruste. Ao final, a análise do ato de concentração deve concluir pela existência de efeito líquido não-negativo, ou seja, eficiências que superem efeitos negativos, para que a operação seja aprovada.

Divulgado pela autoridade antitruste para nortear tanto os operadores da legislação antitruste quanto os agentes econômicos com relação às condutas e operações que podem ser feitas, o documento deixa expressa a influência norte-americana e europeia (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 7), o que se reflete pela descrição das ferramentas adotadas.

Nessa linha, embora a Lei 12.529/2011 não elenque a definição do mercado relevante como critério expresso para análise, o CADE trabalha-a como etapa inicial da análise

clássica antitruste, a qual envolve outros 4 passos adicionais. Para o (1) mercado relevante, considera-se escopo geográfico e de produto das empresas envolvidas na operação. Nesse momento, são levantados dados como preços, capacidade da oferta, elasticidade da demanda etc. A ideia é que a autoridade tenha dados suficientes para que possa analisar se o ato acarretará concentração danosa ao mercado sob análise, ampliando o poder econômico do agente adquirente de forma que prejudique o processo concorrencial.

Em sequência (2), ocorre a análise do nível de concentração horizontal, ou seja, o levantamento das participações de mercado de cada agente econômico nele presente, para o que são utilizadas ferramentas como o índice HHI. O objetivo é que seja possível aferir se o exercício do poder de mercado é possível; bem como identificar eventuais limitações a ele.

Intimamente conectada ao passo (2), prossegue-se à (3) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado que será resultante do ato de concentração. Nessa fase, a autoridade antitruste considera se há entradas tempestivas, prováveis e suficientes que possam limitar eventual abuso de posição dominante pelo agente resultante do ato de concentração, bem como a rivalidade que o mercado apresentará após a conclusão da operação, isto é, se o poder de mercado da empresa resultante do ato de concentração poderá ser desafiado pelas empresas já estabelecidas no setor.

Posteriormente, caso se trate de mercado de insumo, faz-se análise (4) do poder de compra que o mercado apresenta ou que será criado pela operação e; por fim, (5) a autoridade pondera as eficiências econômicas envolvidas no ato de concentração.

Não há dever legal que obrigue a autoridade a seguir as cinco etapas, e o Guia deixa claro que a sequência não é obrigatória. Frazão (2017, p. 138) explica que, em comparação com a versão anterior, o Guia H permite maior flexibilidade das etapas clássicas e, ao fazê-lo, distancia-se ao menos em parte da Escola de Chicago, embora ainda seja possível identificar tal influência em suas previsões, com ênfase destacada aos efeitos líquidos dos atos de concentração sob análise.

Assim, ainda que o CADE entenda que as etapas da análise tradicional são suficientes para lidar com a maioria dos casos, não se ignora a possibilidade de que sejam aplicados métodos complementares e alternativos em situações específicas (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 9-10).

Nesse sentido, o CADE pode, pelo arcabouço normativo, considerar que o ato de concentração sob análise envolve uma empresa com estratégia líder de inovação, e poderia acarretar diminuição da concorrência atual ou potencial. Ainda que a variação do índice HHI, que mede a concentração do mercado considerando aspectos estáticos, não seja expressiva, pode haver proibição do ato por outros argumentos.

Dessa forma, o processo analítico empreendido pelo CADE adequar-se-á ao caso concreto (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 7). No julgamento do Ato de Concentração 08700.004431/2017-16, por exemplo, o Conselheiro Relator admitiu que o Guia H permite a flexibilização de metodologias de análise baseadas em participação de mercado e no índice HHI quando uma das partes envolvidas for uma empresa *maverick*⁴⁵ (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2019a).

Explicitado, portanto, que as normativas permitem que a autoridade adeque seu método de análise aos casos concretos, embora reconheça como análise tradicional a utilização de ferramentas voltadas para variáveis envolvendo o critério preço. De forma a averiguar como a aplicação do antitruste é feita em casos concretos, a próxima seção desdobrar-se-á sobre casos já julgados no CADE envolvendo atos de concentração em plataformas digitais, identificando os métodos adotados e variáveis analisadas.

3.4.2. Estudo de Casos: competição potencial em atos de concentração envolvendo plataformas digitais

Destacado o panorama normativo brasileiro e o principal guia que baseia a análise antitruste, importante desdobrar-se sobre a conformação que ela assume na prática. Nessa seção serão apresentados alguns resultados da coleta de dados realizada ao longo deste trabalho sobre competição potencial e a atuação do CADE, utilizada para a seleção de casos para aprofundamento, que resultou na delimitação de três casos envolvendo competição potencial e plataformas digitais.

A seleção foi realizada partindo da base de dados do SEI, sistema próprio do CADE para pesquisa de documentos e jurisprudência, especificamente na plataforma “Pesquisa

⁴⁵ “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” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2016, p. 10).

Avançada de Ato de Concentração”⁴⁶. Foi utilizada a ferramenta de filtros para aprimorar a busca, na qual selecionou-se os atos de concentração finalísticos (ordinários e sumários), em que o tema da competição potencial foi levantado pela Superintendência Geral (SG). Nesse ponto, importante ressaltar que a plataforma SEI do CADE não captura necessariamente atos de concentração envolvendo empresas nascentes pelo termo “competição potencial” e, a princípio, esses atos estariam excluídos da análise por não atingirem o critério de faturamento.

Inicialmente, foram identificados 23 resultados, tendo sido o marco inicial da pesquisa o ano de 2012, início da vigência da Lei 12.529/2011, e tendo como final o mês de fevereiro de 2021 como data de corte da fase de coleta de dados quantitativos deste trabalho⁴⁷. Pelo número pouco expressivo, optou-se pela construção de método qualitativo de análise das decisões de aprovação ou reprovação dos atos, tanto em processos administrativos ordinários quanto sumários, selecionando como método o estudo de caso.

Assim, foram escolhidos os casos que dentro do espaço amostral envolviam plataformas digitais. São eles três processos administrativos, dois sumários e um ordinário, quais sejam (i) o Ato de Concentração entre Mosaico e Buscapé (nº 08700.002703/2019-13); (ii) o Ato de Concentração entre Naspers e Delivery Hero (nº 08700.007262/2017-76); e, finalmente, (iii) o Ato de Concentração entre OLX e Zap (nº 08700.001796/2020-94).

O foco principal era identificar se impactos à inovação no setor de atuação das plataformas envolvidas e as particularidades desses modelos de negócios são levados em consideração como critérios adicionais ou alternativos à eficiência alocativa na análise conduzida pelo CADE (tanto Superintendência Geral quanto Tribunal Administrativo, conforme aplicável).

Inicialmente, um dos objetivos era promover a análise do universo de resultados comparando os argumentos levantados pela SG e as conclusões do Tribunal Administrativo do

⁴⁶ Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/consultajurisprudencia/controlador_pesquisa.php?acao_externa=pesquisa&id_orgao_acesso_externo=0.

⁴⁷ A autora buscou atualizar os dados em agosto de 2022, atingindo o número de 26 resultados. Para dois deles, não foi identificada conexão com o tema das plataformas digitais (AC nº 08700.005598/2020-08 e AC nº 08700.006735/2015-56) e, portanto, seu estudo não foi aprofundado para os propósitos deste trabalho. O terceiro caso é o AC nº 08700.001462/2022-82, que envolve a aquisição da Grão Direto Brasil, plataforma que conecta digitalmente produtores e compradores para a comercialização de *commodities* agrícolas. Considerando que a certidão de trânsito em julgado foi publicada em 10 de agosto de 2022, e o avanço da pesquisa à época, o caso não foi incluído em seção específica deste trabalho. Entretanto, pela análise preliminar do parecer da Superintendência, o ato foi aprovado sem restrições, tendo como etapas a definição de mercado relevante e o levantamento da possibilidade de fechamento do mercado mediante integração vertical. Não há menção à inovação no documento e identificou-se que a adoção de condutas anticompetitivas após a concretização da operação não seria racional do ponto de vista econômico.

CADE sobre os casos. Entretanto, o número reduzido de casos resultantes envolvendo plataformas digitais não possibilitou a aferição adequada de tais resultados.

Antes de adentrar as particularidades de cada um, serão tecidas algumas considerações a respeito da análise preliminar do espaço amostral completo. Os dados e resultados encontram-se esquematizados em tabelas específicas, separadas por procedimentos sumários e ordinários, no Apêndice A - Tabulação de Casos⁴⁸.

A análise dos casos concentrou-se no filtro inicial para que eles chegassem à autoridade antitruste, ou seja, se foi atendido apenas o critério de faturamento. Em sequência, foram analisadas as demais etapas de raciocínio do CADE para aprovação ou reprovação dos atos de concentração. Assumindo as premissas normativas explicitadas, buscou-se identificar se houve aplicação apenas da metodologia tradicional de análise ou se, de outra forma, a autoridade antitruste ampliou o leque de ferramentas usadas para apreensão do cenário de atuação das plataformas digitais.

Antes de adentrar o estudo dos casos selecionados, é importante apresentar alguns dados resultantes da análise da amostra global. Desde logo, chama atenção o número reduzido de atos de concentração classificados pelo CADE como envolvendo competição potencial frente ao total de operações analisadas. Em 2020, conforme informações da própria autoridade (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021a), foram analisados 454 atos de concentração, dos quais 95% foram aprovados sem restrição, e 1,5% aprovados com acordos. Desses, pelo levantamento de dados no sistema SEI, apenas 23 envolviam competição potencial até a data de corte.

Em sequência, identificou-se que todas as operações objeto dos procedimentos administrativos levantados ultrapassavam o critério inicial de faturamento da Lei 12.529/2011. Tal fato é, por si, indicativo de que a análise brasileira atual não se desdobra sobre problemas envolvendo empresas cujo faturamento não é ainda relevante, como é o caso das empresas nascentes.

Quanto à alocação dos processos por ano, percebeu-se maior concentração no ano de 2016, conforme o Gráfico 1:

⁴⁸ A versão eletrônica pode ser acessada pelo link <https://docs.google.com/spreadsheets/d/10Rc18Kny4tWDe5dBr4D00PQyi0irjcx/b/edit?usp=sharing&ouid=115876038407327289070&rtpof=true&sd=true>.

Gráfico 1: Atos de concentração finalísticos envolvendo competição potencial distribuídos por ano



Fonte: CADE. Elaboração própria, 2021.

Os casos selecionados, entretanto, concentraram-se no período entre 2017 e 2020, o que talvez possa estar relacionado com o crescimento dos mercados digitais e das plataformas como agentes econômicos com faturamentos mais expressivos no Brasil.

Importante ressaltar que não houve separação no levantamento dos casos entre procedimentos ordinários e sumários. Assim, a competição potencial poderia ter sido levantada tanto pela Superintendência Geral do CADE quanto pelo Tribunal na análise. Do espaço amostral, 14 foram tratados de acordo com o rito sumário – ou seja – não tiveram consideração do Tribunal do CADE, conforme demonstra o Gráfico 2:

Gráfico 2: Atos de concentração envolvendo competição potencial por tipo

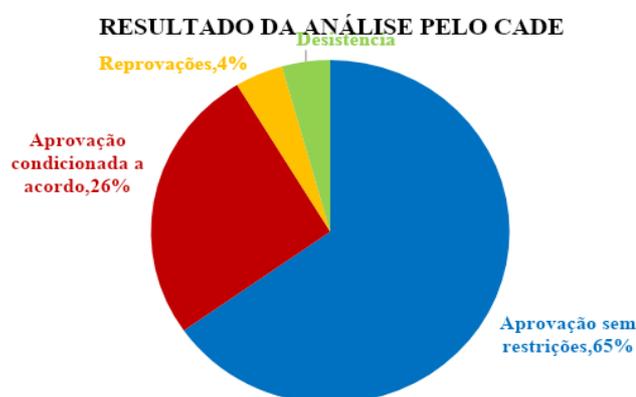


Fonte: CADE. Elaboração própria, 2021.

O maior número de procedimentos sumários e a delimitação dos casos a serem selecionados para aqueles que versassem sobre plataformas digitais impossibilitou, conforme adiantado, o objetivo de averiguar se o tratamento dado pelo Tribunal aos casos divergia da Superintendência Geral. Dos três casos que serão abordados em profundidade, dois são sumários. Assim, entende-se que o espaço amostral para inferências desse tipo é reduzido.

No que diz respeito ao resultado das análises realizadas pelo CADE dos casos envolvendo competição potencial, o Gráfico 3 deixa clara a distribuição de aprovações/reprovações:

Gráfico 3: Resultados da análise pelo CADE dos atos de concentração finalísticos envolvendo competição potencial por ano



Fonte: CADE. Elaboração própria, 2021.

Foram aprovados sem restrições 15 dos 23 casos, dentro dos quais se encontram os selecionados para estudo aprofundado. Apenas um não teve a análise finalizada, dada a desistência das partes e subsequente homologação pelo Tribunal. Por fim, tendo em vista o montante total de casos selecionados, os que abordam plataformas digitais, representam aproximadamente 13%.

Os gráficos e os números que os embasam explicam como foi feita a seleção dos casos abordados e deixam o cenário da análise de casos envolvendo competição potencial pelo CADE melhor delineado. Vê-se que é um campo no qual ainda serão cabíveis outros estudos e inferências, de forma que não se buscou exaurir as possibilidades de relações entre os dados encontrados.

Ademais, cabe ressaltar que a classificação de competição potencial utilizada se deu por filtragem da própria ferramenta de pesquisa pública da autoridade, de forma que outros

casos poderiam estar inclusos em análise pormenorizada dos atos de concentração analisados pelo CADE, mas não foram considerados pelo filtro.

Procurou-se diminuir esse risco pela busca adicional após coleta primária dos dados, realizada em junho de 2022 no novo Sistema de Busca de Jurisprudência do CADE, lançado em 2021⁴⁹. A busca por “competição potencial” resultou em apenas 7 documentos referentes a atos de concentração ordinários, nenhum versando sobre plataformas digitais. O termo “inovação”, por sua vez, teve por resultado 164 documentos referentes a atos de concentração ordinários e 104 documentos referentes a atos de concentração sumários.

Da análise dos casos levantados pelo termo, o mais relevante a se considerar foi o Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16, envolvendo a aquisição de participação societária na XP Investimentos S.A. pelo Itaú Unibanco. Na situação, o CADE considerou o envolvimento de plataforma de dois lados, bem como impactos à inovação no mercado, pela posição da XP como agente disruptivo.

Entretanto, visando melhor alinhamento entre os casos a serem aprofundados e o recorte selecionado para este estudo, preferiu-se pela manutenção dos três casos iniciais, que envolvem plataformas digitais nas duas pontas das operações, ou seja, tanto como empresas vendedoras quanto adquirentes. Assim, passa-se à análise específica de como os casos foram trabalhados pela autoridade antitruste brasileira, deixando-se claro desde o princípio que as informações foram retiradas majoritariamente das versões de acesso público dos documentos disponíveis no Sistema SEI.

3.4.2.1. Ato de Concentração nº 08700.002703/2019-13: plataformas de comparação de preços

A operação consistiu na aquisição de quotas de determinadas empresas da Buscapé Company Informação e Tecnologia Ltda. pela Mosaico Negócios de Internet S.A. Ambas são empresas brasileiras, que atuam no segmento de plataformas de comércio eletrônico. A Buscapé era, ainda, controlada pela Naspers Limited, empresa holandesa parte do Grupo Naspers.

Após a operação, a Buscapé passaria a ser detida integralmente pelo Grupo Mosaico, incluindo suas participações em subsidiárias. Como racional econômico para a

⁴⁹ Disponível em <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>.

aquisição, a Mosaico apresentou a expansão de negócios junto a varejistas anunciantes e ao público em geral. A Naspers, por sua vez, explicitou que a venda seria exercício de uma oportunidade de saída do investimento realizado.

Nota-se que a operação representa um exemplo concreto do argumento de que atos de concentração podem ser uma forma de saída para investidores que aportaram recursos no momento de desenvolvimento de empresas inovadoras. No caso, a Naspers ingressou no Buscapé como investidor, e em observância a sua estratégia posterior, identificou a venda da participação como a melhor forma de retorno do investimento inicial.

Na análise antitruste, a Superintendência iniciou com a definição do mercado relevante. A princípio, destacou-se o caráter pioneiro do Buscapé no Brasil como ferramenta de comparação de preços. Em seguida, identificou-se que o negócio se organiza como plataforma de dois lados, ao reunir consumidores e varejistas.

Especificamente, ressaltou-se que a definição do mercado relevante pode ser deixada em aberto quando for constatada baixa concentração em todos os cenários possíveis, bem como em casos em que o mercado é dinâmico. Para a operação sob análise, o caso seria de dinamicidade e flexibilidade na oferta de serviços.

Apesar de identificar a dificuldade da delimitação do mercado relevante, a Superintendência valeu-se de precedentes para realizar esse exercício, atualizando o entendimento para abarcar o ingresso de novos participantes e concorrentes. Dessa forma, a análise considerou o mercado nacional de publicidade on-line e o mercado nacional de busca e comparação de preços. Em ambos, foram considerados “parte do mercado: Google, Redes Sociais, *marketplace* e sites comparadores de preço”, pela substitutibilidade que oferecem aos consumidores nos serviços principais das empresas envolvidas.

Identificou-se que a sobreposição horizontal ocorreria na busca e comparação de preços para os consumidores; e na publicidade online para os varejistas. A partir de então, o órgão desdobrou-se sobre as condições de cada um dos cenários levantados.

Na publicidade online, foi verificado que os serviços ofertados entre as partes era o mesmo. Como concorrente principal, ambas teriam o Google, razão pela qual a referida empresa foi oficiada a fim de fornecer informações à autoridade sobre o funcionamento do mercado e condições concorrenciais.

Pela análise das informações obtidas, a Superintendência concluiu que as partes não possuíam representatividade expressiva nos mercados de publicidade online. Por terem posição inferior ao Google, a concentração entre elas não acarretaria prejuízos concorrenciais. Não foram levantadas preocupações específicas sobre inovação ou competição nascente no mercado sob análise; ou, eventualmente, sobre a pressão que poderiam vir a exercer no Google – tanto pelo fortalecimento de suas posições pelo ato de concentração quanto por possível crescimento individual.

Com relação ao mercado de busca e comparação de preços, também foi dada atenção à posição do Google como principal concorrente. Pelo serviço de comparação de preços ser ofertado por uma multiplicidade de agentes econômicos, a Superintendência identificou dificuldade para mensurar o tamanho do mercado e as participações das empresas envolvidas na operação.

Assim, apenas reafirmou a posição dominante do Google, pelo poder de atração dos consumidores. Em adição, o órgão buscou estimar a relevância das partes no mercado com base no número total de cliques em anúncios de varejistas, comparando-os com os do Google.

Quanto aos impactos em inovação no setor, a Superintendência destacou o argumento das partes. De acordo com a Mosaico, qualquer diminuição no ritmo de inovações ou redução na qualidade aceleraria o processo de migração dos consumidores e seria, portanto, prejudicial às próprias empresas. Dessa forma, não haveria prejuízo concorrencial nesse âmbito, dado que essa conduta seria economicamente ineficiente.

Dada a baixa participação das partes aferida no mercado, o órgão entendeu que não haveria preocupação concorrencial no ato. Novamente, não foram levantadas preocupações com a consolidação do Google como plataforma dominante ou tampouco argumentos sobre a pressão competitiva que as partes envolvidas poderiam exercer no principal rival. Decidiu-se, dessa forma, pela aprovação da operação.

Dados de 2020 (SIMÕES, 2020) destacavam que, ao menos na Europa, o Google possuía controle de mais de 99% do tráfego de buscas por compras online. Nota-se a consolidação da posição de mercado da empresa dominante, ainda sem rivalidade expressiva.

A Mosaico, por sua vez, foi adquirida pelo Banco Pan, visando ampliar a plataforma da instituição para *banking* e consumo, em modelo de *marketplace* (EXAME, 2021). Na oportunidade, executivos da instituição financeira destacaram o pioneirismo da Mosaico e a

relevância de suas atividades. Novamente, a empresa apresenta-se como exemplo de atos de concentração como forma de investimento e aglutinação de serviços próximos, sem que tenham sido analisadas em pormenores a competição potencial e inovação como características essenciais.

3.4.2.2. Ato de Concentração n 08700.007262/2017-76: entrega de refeições

A operação envolveu a Naspers Ventures B.V., como adquirente de participação acionária na Delivery Hero AG, subsidiária integral da Rocket Internet SE.

O grupo Naspers é focado em serviços de entretenimento e internet, atuando principalmente em comércio online. À época da operação, a empresa já investia no Brasil nos segmentos de classificados online, pagamento, comércio online e pedidos de comida, por meio de plataformas como iFood e Spoonrocket.

A Delivery Hero é uma empresa global de pedidos e entregas online de comida. No Brasil, atuava por meio da PedidosJá e Subdelivery. A Rocket Internet, sua controladora, é uma companhia alemã, investidora de empresas de internet, focando majoritariamente em quatro setores de venda online: comida e mercearia, moda, mercadorias em geral, casa e moradia.

A aquisição pretendida era de 13% da participação acionária, elevando a porcentagem detida pela Naspers na Delivery Hero para 23% do total. As empresas justificaram a operação pela estratégia da Naspers de investir em plataformas de *marketplace* com potencial global de crescimento. Desde logo, deixou-se claro que a notificação foi feita ao CADE pelo atingimento do critério de faturamento, sendo que as partes não identificavam preocupações concorrenciais que poderiam advir da aquisição.

Quanto ao procedimento adotado pela autoridade, iniciou-se o recebimento da operação com abertura de Edital, no qual se destacou o setor econômico como pedidos online de comida.

No parecer da Superintendência, a preocupação principal manteve-se relacionada à sobreposição horizontal no mercado de pedidos online de comida. A operação não foi declarada como complexa.

O primeiro passo da Superintendência na análise antitruste foi (1) a definição dos mercados relevantes, nas dimensões produto e geográfica. Pela atuação das empresas envolvidas, entendeu-se que o segmento era o de pedidos online de comida, em seus três modelos (*marketplace*, plataformas dedicadas e especialistas em pedidos e logística). Considerado um mercado novo pelo desenvolvimento recente, a Superintendência analisou-o sob os aspectos geográficos municipal e nacional.

Para tanto, entendeu que a atuação das plataformas é de intermediário entre os restaurantes clientes e os consumidores finais. Outro modelo observado foi a estrutura da operação de entrega dos restaurantes, que era adotado pela Spoonrocket. Pelo aumento do poder de influência da iFood na PedidosJá, o caso foi analisado como aquisição desta última pela primeira, desconsiderando a baixa participação acionária a ser adquirida alegada pelas partes como motivo principal para que inexistissem preocupações concorrenciais na operação.

Após a definição do mercado relevante, (2) foi analisada a possibilidade de exercício de poder de mercado. Para tanto, foram usados dados estimados de participação no mercado das partes envolvidas, sendo que a autoridade destacou a dificuldade de obter dados precisos pela inexistência de estudos de terceiros. Não foi possível, por exemplo, estimar o índice HHI, que a Superintendência entende como “essencial para concluir se há (ou não) possibilidade de exercício de poder de mercado decorrente da operação”.

Pela posição aferida para a iFood como parte substancial do mercado, o órgão entendeu que deveriam ser analisadas as condições de entrada e rivalidade, pelo (3) estudo da probabilidade de exercício de poder de mercado.

Em resumo, buscou-se identificar (i) se a entrada de novas empresas poderia ocorrer de forma tempestiva, provável e suficiente; e (ii) se haveria rivalidade efetiva no mercado. Por se tratar de mercado novo, a Superintendência identificou que não se aplicam necessariamente as ferramentas tradicionais da análise antitruste, sendo impossível, por exemplo, responder ao quesito (i) acima de forma precisa.

Na análise de rivalidade, o órgão partiu das premissas apresentadas pelas partes, de que haveria multiplicidade de concorrentes. Desde logo, entendeu que canais off-line não podem ser concorrentes das plataformas e que, apesar da existência de outros agentes, a iFood era dominante no mercado. Especialmente, destacou-se que “potenciais *start-ups* que poderiam se apresentar como rivais foram, em sua maioria, adquiridas pela iFood”.

À época, entendeu-se que a entrada de UberEATS e Rappi seriam sinais suficientes de aumento da rivalidade. Para a iFood, elas representariam restrições mais fortes inclusive do que a PedidosJá, objeto da aquisição, cuja participação no mercado nacional era de baixa expressividade. Assim, o órgão recomendou a aprovação sem restrições, por não ter observado prejuízos ao mercado. Especificamente em linha com o apresentado neste trabalho, a Superintendência destacou que a iFood havia sido *first mover* no mercado; e a PedidosJá não possuía posição de mercado relevante para que fosse considerada rival da iFood.

Para tanto, a Superintendência valeu-se de estudos econômicos produzidos pelas partes, validados pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Neles, restava clara que apenas a UberEATS seria concorrente potencial da iFood.

Ademais, o órgão considerou que o mercado possuía amplas possibilidades de entrada, incluindo a UberEATS e Rappi como exemplos. Nessa perspectiva, enxergava que qualquer posição dominante seria instável, dadas as condições de entrada e, portanto, não haveria probabilidade de exercício de poder de mercado expressivo pela iFood que fosse alterada com a operação.

Importante que, apesar de não identificar problemas específicos na operação em questão, a Superintendência ressaltou que a iFood havia realizado uma série de aquisições. A recomendação era de que o comportamento deveria ser observado pelo CADE, porque poderia representar uma barreira à entrada no mercado. Nas palavras da Superintendência, “se toda start-up que começa a despontar é adquirida pela iFood, é improvável que alguma se desenvolva plenamente de modo a poder oferecer alguma rivalidade no mercado”. De todo modo, pela PedidosJá não ter participação relevante ou representar ameaça à iFood, a recomendação foi de aprovação.

Com relação à inovação, não foram levantadas preocupações específicas. Quanto à concorrência nascente, não se identificou tal análise, apesar do destaque dado aos possíveis entrantes no mercado como concorrentes potenciais e ao histórico de aquisições pela plataforma dominante.

O caso deixa claro o caráter preditivo da análise antitruste. Além disso, tem-se exemplo concreto da assimetria de informações em que o CADE se encontra, sendo que há dependência de informações das empresas para se ter um panorama do mercado, especialmente em setores inovadores.

Alguns anos após a análise, a posição da iFood encontra-se mais consolidada no mercado. A UberEATS encerrou suas atividades no mercado brasileiro; e a Rappi não ampliou suas atividades para competir diretamente com a iFood. Ademais, a empresa dominante expandiu sua atuação para abranger outros setores que não restaurantes; e diversas de suas aquisições continuaram sem passar pelo crivo da autoridade antitruste brasileira.

Especialmente, a análise realizada pelo CADE sobre as condições de entrada pareceu estar muito focada na possibilidade de construção de software similar ao da iFood. Entretanto, pouca consideração foi dada aos efeitos de rede da plataforma e à retroalimentação que as bases de restaurante e usuários representam para esse tipo de negócio. Nesse tópico, levantou-se em suma que seria requerido grande investimento em marketing.

3.4.2.3. Ato de Concentração nº 08700.001796/2020-94: publicidade online de imóveis

A operação envolveu a aquisição da totalidade do capital social das empresas operacionais do Zap Viva Real Group (Grupo ZAP), pela Bom Negócio Atividades de Internet Ltda. (OLX Brasil). Enquanto a OLX atua principalmente como marketplace para oferta de produtos diversos, o Grupo ZAP atua nos mercados de publicidade online de imóveis e publicidade online em geral, segmento no qual haveria sobreposição horizontal.

A operação foi submetida para análise do CADE inicialmente por atender aos critérios de notificação obrigatória, ou seja, pelas partes atingirem o faturamento descrito na legislação. A princípio, as partes apresentaram como justificativa o aceleração de processos de inovação e o oferecimento de melhores produtos e serviços para os usuários das plataformas e para os anunciantes.

Para instrução da notificação apresentada ao CADE, as partes apresentaram, em conjunto com informações a respeito das empresas, os mercados relevantes de atuação das empresas envolvidas na operação. Para OLX, destacou-se o segmento de publicidade online de imóveis pela plataforma principal; e para o Grupo Zap, foram apresentados os setores de atuação das empresas operacionais objeto da aquisição, todas voltadas especificamente ao segmento imobiliário.

Especificamente no setor de publicidade online, destacaram que as plataformas operadas pelas partes seriam um espaço para anúncio dos imóveis, sendo que, no momento da

operação, não ofereciam serviços complementares no setor imobiliário. Ressaltaram que na dinâmica do mercado em questão é mais comum que um mesmo imóvel seja anunciado em diversas plataformas, o que derivaria do modelo de negócios da plataforma digital, que oferece serviços gratuitos para um lado e se aproveita dos efeitos de rede como característica essencial.

Sobre as etapas de análise antitruste a serem aplicadas, as partes destacaram que, por se tratar de mercado digital, seria necessária uma análise fluida da definição de mercado relevante, que entenderam como prescindível frente à complexidade da dinâmica concorrencial do setor. De toda forma, apresentaram sobreposição horizontal na publicidade online de imóveis (classificados) e publicidade online em geral nas mesmas plataformas. O faturamento das partes envolvidas seria advindo unicamente dos anunciantes, relacionado à capacidade de geração de tráfego de potenciais clientes.

Na dimensão produto, dessa forma, as partes entendem que o mercado relevante deveria entender as opções offline à disposição dos consumidores como substitutos, bem como empresas que oferecem publicidade online em geral, não focada no setor imobiliário. A participação de mercado das partes, conforme apresentada por elas, não chegaria, portanto, a 20% do total do mercado de publicidade a ser considerado.

Por sua vez, na dimensão geográfica, destacou-se o escopo nacional de atuação das empresas envolvidas. Considerou-se, para tanto, que tanto as ofertas de imóveis quanto as ações de marketing são feitas em âmbito nacional, sendo que as plataformas estariam disponíveis para anunciantes nesse âmbito.

Em sequência, buscaram demonstrar que inexistia risco de exercício de poder de mercado resultante ou aumentado pela operação. Na percepção dos agentes envolvidos, o modelo de negócios requer necessariamente inovação constante para contínua atração de usuários. Ademais, o exercício de poder de mercado faria com que os usuários migrassem para plataforma substituta, diminuindo o tráfego das empresas e resultando em perda de receita. Do ponto de vista econômico, portanto, não poderia ocorrer abuso de tal poder em detrimento dos consumidores.

Esse cenário seria complementado pela facilidade de entrada no setor de atuação, sendo que as empresas destacaram a crescente presença de novos concorrentes. Não identificaram, nesse sentido, barreiras significativas de entrada para publicidade online, levantando o ingresso e rápido crescimento de agentes como o QuintoAndar e o ingresso de empresas como Mercado Livre e Meta com anúncios nos setores imobiliários.

Com relação à análise do mercado, as partes informaram ao CADE que a força competitiva de plataformas seria melhor definida pela taxa de conversão dos anúncios em transações. Entretanto, para aquelas focadas no setor imobiliário, seria importante considerar também a pressão competitiva do setor offline, que dificultaria a percepção das partes sobre suas próprias taxas de conversão. Isso seria ainda complementado pelo aumento de rivalidade das grandes plataformas como Google e Facebook.

No edital em que divulgou a Operação, o CADE definiu o setor econômico envolvido como mercado de publicidade online de imóveis. A princípio, identificou sobreposições horizontais referentes a classificados online de imóveis e integrações verticais tanto nesse setor quanto no desenvolvimento de softwares CRM para o setor imobiliário.

Com relação à inovação envolvida na Operação, o CADE analisou em maiores detalhes os projetos das partes envolvidas - cujas informações não estavam disponíveis na versão de acesso público. A partir desse aprofundamento e da justificativa das empresas, a Superintendência concluiu que o objetivo da operação seria, para a OLX, reforçar e qualificar o *marketplace* de imóveis, aproveitando a experiência do Grupo ZAP.

Enquanto etapas de análise antitruste, o parecer da Superintendências Geral foi separado em 5 macro seções, quais sejam (i) definição do mercado relevante; (ii) possibilidade de exercício de poder de mercado; (iii) probabilidade de exercício de poder de mercado; (iv) da probabilidade de fechamento de mercado; e (v) cláusula de não concorrência.

O passo (i) passou pela análise do modelo de negócios das plataformas envolvidas na operação, sendo que o CADE destacou a forma de remuneração dos anúncios nos serviços de classificados, com ênfase principalmente na venda de *leads* pelas empresas - dados de um usuário que demonstrou interesse na compra/contratação do produto. Como ponto principal, levantou que a análise deveria considerar a interseção entre a oferta de soluções digitais e o mercado imobiliário, sendo esse o setor de atuação das partes interessadas.

As empresas foram definidas como plataformas de múltiplos lados, com atividades visando facilitar transações ou a conexão entre dois ou mais grupos, não transacionais e de publicidade. No caso das partes envolvidas na operação, a conexão seria entre os ofertantes e os demandantes de imóveis para compra ou locação. O CADE ressaltou a posição de terceiro grupo envolvido, que seriam os anunciantes de espaços publicitários disponíveis nas plataformas; e o papel que o uso de dados pode representar para plataformas digitais.

Para a definição do mercado relevante, o CADE destacou que se deve analisar a substitutibilidade dos serviços ofertados, especialmente pelo lado da demanda, ou seja, quais seriam as opções às quais os consumidores se voltariam em detrimento das partes. Pelas particularidades do cenário digital, foram excluídos os classificados impressos, que impossibilitam o acesso remoto e prescindem de ferramentas específicas das plataformas.

Ao contrário do alegado pelas partes quando da apresentação da operação, o CADE entendeu, ainda, que não poderiam ser considerados como substitutos agentes econômicos offline como imobiliárias e corretores de imóveis, que atuam de forma diversa da plataforma. Nesse sentido, entendeu-se que haveria um regime de cooperação com as plataformas de classificados online - não rivalidade.

Assim, considerou-se a restrição do mercado relevante para agentes econômicos com atuação online, momento no qual a Superintendência destacou que os mercados digitais são marcados por frequentes inovações. Em razão da multiplicidade de formas de atuação no setor envolvido, tanto por plataformas específicas como as partes envolvidas, como por outras, acatou-se o entendimento das partes de que as condições fáticas do caso seriam desfavoráveis à definição rígida de um mercado relevante. Dessa forma, o foco seria analisar as condições de concorrência no mercado em questão.

Como marco referencial, porém, foi definido o mercado relevante como o de classificados online de imóveis, incluindo imobiliárias digitais, sites, aplicativos e redes sociais. No aspecto geográfico, deixou-se a exata dimensão em aberto, pela indicação de que haveria dinâmicas locais e nacional envolvidas, considerados para análise os dados qualitativos aos quais a Superintendência teve acesso. Além do mercado de classificados online, o órgão considerou que estaria envolvido também o mercado nacional de softwares CRM Imobiliários.

Definido o mercado relevante e explicitados conceitos fundamentais de análise, passou-se à possibilidade de exercício de poder de mercado. A princípio, essa etapa partiria da análise de participação de mercado dos agentes envolvidos na operação, mas a Superintendência destacou que os dados levantados, pela multiplicidade de empresas e soluções oferecidas, eram de difícil comparabilidade. Das informações obtidas, porém, concluíram que as empresas teriam participação elevada no mercado de classificados online, superando o patamar de presunção de posição dominante de 20%. Haveria, portanto, possibilidade de exercício de poder de mercado.

Por tal conclusão, a Superintendência passou à análise da probabilidade desse exercício após a operação, sobre os dois lados do mercado. Importante destacar que o entendimento da Superintendência na ocasião foi de que a avaliação da probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado seria de maior importância nos mercados digitais em prejuízo dos consumidores finais. Para concretizar essa análise, foram levantadas as condições de rivalidade remanescentes após a concretização da Operação, considerando as condições de entrada.

Nesse sentido, a Superintendência deu destaque à possibilidade de entrada de novos agentes econômicos, para o que considerou as especificidades do mercado de classificados online - caracterizado pelo multihoming; e os efeitos de rede como ponto dos mercados de múltiplos lados. Para esses, levantou-se principalmente a necessidade de grande quantidade de imóveis cadastrados para que a plataforma se torne relevante para os usuários finais, o que requer investimentos consideráveis em publicidade. Esse é o ponto da análise em que o CADE mais se aproxima do estudo da concorrência futura no caso, concluindo que novas entradas são prováveis, e que podem exercer rivalidade sobre as partes, mas que isso poderia não ocorrer de forma tempestiva.

Por fim, considerando a preocupação expressada por concorrentes das partes com relação à concentração de mercado originada pela operação, a Superintendência passou à análise da probabilidade de fechamento de mercado. Sobre esse ponto, o entendimento foi que não haveria incentivo econômico para que as empresas adotassem práticas discriminatórias, porque isso levaria à redução no acesso de usuários finais.

Ademais, o órgão ressaltou que práticas específicas de fechamento de mercado deveriam ser analisadas mediante a ocorrência, ou seja, não poderiam ser enfrentadas a priori, sem indícios de que seriam implementadas. Por tais razões, a conclusão foi de aprovação sem restrições, sendo que a operação foi concluída em novembro de 2020, por R\$ 2,9 bilhões (G1, 2020). Dados atualizados divulgados pela OLX Brasil, resultante da operação, destaca a empresa como “líder no mercado de compra e venda online no Brasil”, com meio milhão de anúncios todos os dias (OLX Brasil, 2022).

3.4.2.4. Inferências do estudo de casos

A análise dos três casos selecionados aponta ainda uma ausência de clareza sobre o aprofundamento da análise antitruste de atos de concentração envolvendo plataformas digitais claras. Enquanto autoridade, o CADE conta com informações fornecidas pelas partes para realizar a análise dos casos concretos, podendo solicitar dados de concorrentes para ter melhor noção do mercado.

Entretanto, tais dados podem não ser fornecidos, como foi o caso na aquisição do Grupo ZAP pela OLX, onde o Facebook não compartilhou informações específicas sobre sua atuação no setor. Tem-se, assim, uma possível assimetria de informações que requer esforço considerável para condução realista das análises, o que pode se refletir em maiores custos para a autoridade concorrencial. Em setores que envolvem mudanças constantes e se caracterizam pela dinamicidade, como os das plataformas digitais, esse fator pode representar a diferença na aprovação ou reprovação do ato de concentração.

Adicionalmente, a análise é, por natureza, interdisciplinar e requer o esforço da autoridade para entender conceitos complexos que podem parecer distantes dos campos do direito e economia, tradicionalmente mais relacionados com o antitruste. Com relação às plataformas digitais, os três casos indicam a necessidade de aprofundamento em conceitos de tecnologia para entender melhor o modelo de negócios envolvido e as condições de rivalidade dos agentes econômicos dos mercados analisados. Especialmente no que tange inovação e competição potencial, considera-se que essa necessidade se reflete no entendimento de quais produtos e serviços poderiam representar restrições e/ou impactar na atuação das partes envolvidas, de forma a preservar as condições concorrenciais.

Nesse sentido, a posição da autoridade frente às informações apresentadas pelas partes é complexa. Ao apresentar as operações, o que é feito de forma espontânea apenas para aquelas acima dos critérios de faturamento estabelecidos pela legislação brasileira, as partes trazem argumentos cuja refutação cabe ao CADE. Assim, se a alegação é de que há rivalidade no mercado suficiente para que a operação não tenha efeitos prejudiciais aos consumidores; ou de que irá promover eficiências consideráveis, cabe à autoridade demonstrar o contrário para que seja possível reprovar o ato de concentração, mesmo em situações envolvendo empresas com histórico de adoção de condutas exclusionárias.

A presunção, dessa forma, é de que os atos devem ser aprovados; e a reprovação é a exceção à regra. Em termos de provas e instrução, o ônus que recai sobre a autoridade antitruste, portanto, é elevado, especialmente considerando a assimetria de informações e a utilização de recursos públicos limitados para a realização das análises, adstritos às normativas federais de repasse de recursos.

Pela análise dos pareceres da Superintendência, o levantamento de competição potencial pela autoridade antitruste, mesmo nos mercados envolvendo plataformas digitais, considera especialmente as barreiras à entrada presentes identificadas. Nesse sentido, a competição nascente e as condições de concorrência após a entrada no mercado parecem, por vezes, assumir posição secundária na análise. Veja-se, por exemplo, o caso entre Naspers e DeliveryHero, onde se considerou entrantes como UberEATS e Rappi enquanto competidores potenciais; e as aquisições sequenciais da iFood de empresas menores para consolidação de base de usuários e restaurantes foram apenas tangenciadas pela autoridade na argumentação.

No mesmo sentido, o potencial inovador do agente e a incorporação da tecnologia por empresa que já tem posição dominante não foi considerado como ponto relevante em nenhum dos casos. Em todos, as partes alegaram incentivos à inovação contínua como um dos fatores para concretizar a operação. Entretanto, pelos documentos de acesso público disponíveis, apenas no ato de concentração entre OLX e Grupo ZAP foram solicitadas informações adicionais sobre esse ponto. Assim, a inovação surge na análise antitruste como retórica para o racional de eficiência defendido pelas partes para que a operação seja aprovada.

Apesar disso, o CADE já reconheceu previamente, no ato de concentração entre XP e Itaú, que a proteção de mercados disruptivos é essencial, especialmente na identificação de influências externas que possam reduzir seu desenvolvimento (CARVALHO, FRAZÃO, 2019, p. 15). A atuação da autoridade, portanto, requer constante reanálise das condições concorrenciais dos mercados envolvidos, de forma que cada ato de concentração torna necessário novo aprofundamento, ainda que já se tenham estabelecidos precedentes em setor de atuação semelhante.

Dos pontos levantados, contudo, o mais crucial talvez seja a confirmação de que a análise antitruste é de caráter preditivo, ou seja, busca antever cenário futuro com base nos dados e informações disponíveis no momento. Ela parte de estimativas e estudos conduzidos com base no que é apresentado na fase de instrução do processo administrativo; e requer um esforço da autoridade para que sejam considerados os efeitos futuros que a operação terá.

Assim, depende também da participação de agentes econômicos que talvez estejam alheios à operação, mas façam parte do mercado relevante estipulado.

A alteração dos mercados de forma rápida, portanto, pode impactar no resultado previsto inicialmente que possibilitou a aprovação do ato de concentração sem restrições. Nesse sentido, enquanto a UberEATS foi considerada competidor potencial para iFood no ato de concentração entre DeliveryHero e Naspers, em 2022 a empresa não se encontra mais presente no Brasil. A Rappi, por sua vez, não expandiu sua atuação para concorrer diretamente; e a plataforma dominante parece seguir com concorrência diminuta, colhendo os frutos da posição de *first mover*⁵⁰.

Mesmo nos casos em que os concorrentes expressam preocupação com o fechamento de mercado posterior ou a adoção de condutas anticompetitivas após a concretização do ato de concentração, como ocorreu na operação OLX e Grupo ZAP, o CADE entende que a análise seria adstrita à verificação específica de tais condutas, e não costuma incluir a possibilidade de sua adoção posterior na análise da operação.

A princípio, a autoridade não identificou racional econômico válido que pudesse justificar a adoção de práticas anticompetitivas futuras pelas partes envolvidas nos casos selecionados. Entretanto, mesmo na situação em que se reconheceu a realização de aquisições subsequentes pela iFood, que sugeria o fortalecimento do poder de mercado da empresa, não se assumiu posição repressiva anterior à ocorrência de eventual conduta anticoncorrencial, conforme suscitada por participantes do mercado.

Ao final, não se identificou preocupação e/ou ressalvas com relação à concorrência nascente, de forma que se conclui que sua análise é feita pela etapa de levantamento das barreiras à entrada. Não há, contudo, aprofundamento do ponto como conceito da análise antitruste em atos de concentração envolvendo as plataformas.

⁵⁰ Algumas condutas do iFood são, no momento, objeto de inquéritos no CADE, quais sejam os acordos de exclusividade travados com os restaurantes da plataforma, que resultaram na aplicação de medida preventiva contra a empresa; e o favorecimento do próprio cartão de vale-alimentação em detrimento de concorrentes.

4. PROPOSTAS PARA ANÁLISE ANTITRUSTE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO INOVAÇÃO E COMPETIÇÃO POTENCIAL EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Após a exposição dos principais conceitos apreendidos a partir da revisão bibliográfica e da análise antitruste brasileira, com foco nos atos de concentração envolvendo plataformas digitais e competição potencial, essa seção apresenta algumas propostas que poderiam ser implementadas para aprimorar tal processo.

Para tanto, parte-se da identificação dos projetos para adequação da análise antitruste aos mercados digitais, considerando variáveis como o estímulo à inovação, que melhor parecem se adequar à realidade brasileira, após o levantamento bibliográfico, complementado pelo estudo dos casos. Não se buscou, contudo, exaurir a análise de todas as propostas sugeridas sobre o tema, de forma que o estudo permanece sujeito a contribuições futuras.

Relatórios internacionais já identificaram há uma década que, em diversos países, mercados de alta inovação precisam de uma abordagem customizada, especialmente no que se refere aos parâmetros para definição de concentração de mercado e barreiras de entrada (OECD, 2002, p. 169). O crescimento das empresas de tecnologia e, em específico, da utilização de atos de concentração como forma de consolidação e incorporação de novos produtos e serviços pode representar também a necessidade de outras adequações.

A OECD (2002, p. 8) destaca como principais pontos de atenção em mercados de inovação a definição de mercado relevante e de participações no mercado; a identificação das mudanças significativas nas estruturas de mercado; a consideração dos benefícios aos consumidores advindos das inovações introduzidas; a habilidade das empresas envolvidas na operação de excluir ou restringir competidores; e o desenho de remédios apropriados aos casos concretos.

De forma similar, o *Stigler Center for the Study of the Economy and the State* (2019, p. 31-32) vê a necessidade de desenvolvimento de ferramentas que considerem os vieses comportamentais na criação de poder de mercado e seus efeitos na qualidade dos serviços e produtos oferecidos, especialmente pelas particularidades de atuação das plataformas digitais. Dinâmicas como preço zero, por exemplo, dão ênfase adicional à importância da qualidade

como variável de análise; ao que se soma a importância de se considerar competição potencial e nascente em tais setores.

Nesse sentido, destaca-se a influência de jurisdições como Europa e Estados Unidos, às quais se destacaram seções particulares neste trabalho, mas ressalta-se que as “políticas de defesa da concorrência adotadas por países em desenvolvimento não precisam, necessariamente, compreender o tradicional *kit* utilizado pelos países desenvolvidos” (MARTINEZ, 2008, p. iii). O Brasil é dotado de particularidades a serem consideradas – tanto normativas quanto relacionadas aos mercados de maior atividade.

Assim, não se pretende eleger determinada ferramenta como a melhor ou com melhores resultados por meio de experiência internacional, mas sim reconhecer o que poderia ter efetividade no sistema brasileiro. Em resumo, a customização do método tradicional para os mercados digitais atinge diversos fundamentos da análise antitruste e deve ser feita de acordo com as normativas e práticas de cada jurisdição. A nível nacional, é notável o esforço de estudiosos como Fernandes (2022a), que se desdobrou sobre a adequação da metodologia de análise antitruste para casos de abuso de posição dominante envolvendo plataformas digitais, e cujas conclusões ressoam algumas das preocupações elencadas ao longo deste trabalho.

Em específico, é importante considerar que a aplicação do direito antitruste está sujeita a custos de erro da autoridade, e que existem limites à capacidade da autoridade para avaliar e sopesar as práticas de mercado (YUN, 2020, p. 657). De fato, como se demonstrou, a autoridade conta com informações advindas tanto das partes quanto dos demais participantes do mercado, e a partir de então estabelece suas análises sobre as operações. A posição inicial é, portanto, de assimetria de informações, sendo essa uma das principais dificuldades com relação à aplicação do direito antitruste. Ao final, o CADE não tem acesso a toda a estratégia empresarial das partes envolvidas, devendo confiar nas informações que são passíveis de aferir.

Dessa forma, frente à quantidade de propostas a se analisar, a condução de políticas públicas de defesa da concorrência deve considerar diversos fatores. O custo de implementação, bem como a realidade da autoridade concorrencial, não pode ser menosprezado ao se pensar em reformas legislativas e/ou de abordagem dos casos concretos. Para facilitar a sistematização do capítulo, ele será dividido em 3 subseções, alinhadas com as etapas de tramitação do ato de concentração pelo CADE, passando, portanto, pela admissão do caso para análise; pela instrução do processo administrativo; e, por fim, pelo julgamento da autoridade antitruste sobre aprovação ou reprovação do ato.

4.1. Admissão do ato de concentração para análise

Como se demonstrou ao longo deste trabalho, o critério brasileiro para notificação obrigatória de atos de concentração é baseado no faturamento das empresas envolvidas. Ao tratar de mercados digitais, dando relevância àqueles caracterizados pelo “preço-zero” ao consumidor e às aquisições de empresas nascentes e/ou concorrentes potenciais que, a princípio, não representariam grande parcela do mercado, é possível que operações importantes passem diretamente pelo filtro da autoridade. Assim, seriam automaticamente aprovadas. Tal ponto já havia sido levantado quando da implementação da Lei 12.529/2011, que eliminou o critério de participação do mercado para o controle prévio pela autoridade (DOMINGUES, GABAN, 2016, p. 26).

De forma ainda mais específica, para operações envolvendo competição nascente e inovação, é difícil que se considere o faturamento das partes como o critério mais adequado para que os atos de concentração cheguem ao conhecimento do CADE. A exemplo, quando do ato de concentração entre Naspers e DeliveryHero, a iFood já havia realizado a aquisição de diversas empresas menores com atuação no mesmo setor, nenhuma analisada previamente.

Ainda após o levantamento pela Superintendência de preocupações com tal estratégia empresarial da empresa, não houve atuação do CADE na análise de aquisições subsequentes pela plataforma, mesmo existindo previsão legal para tanto. De acordo com o §7º do artigo 88 da Lei 12.529/2011, a submissão de atos que não se enquadram nos critérios de faturamento pode ser requerida dentro de um ano após a consumação.

O entendimento de que operações cujas partes não possuem faturamento expressivo não são analisadas pelo CADE é corroborado pelos dados levantados na seleção do estudo de casos. Pela plataforma SEI, todas as situações envolvendo competição potencial eram de empresas com faturamento superior ao mínimo para notificação obrigatória.

No contexto geral, conclui-se que seria benéfico introduzir um critério que não se baseasse apenas na variável preço para notificação de atos de concentração envolvendo plataformas digitais ao CADE. Veja-se que, ainda que o órgão decida pela análise posterior de operações que inicialmente não envolviam partes com faturamento relevante, o tempo é crucial em atos de concentração. Após a consumação, a integração entre as partes pode ter assumido já estágio avançado, com compartilhamento de dados, know-how, experiência e inteligência de

mercado que, mesmo após eventual separação, continuariam a interferir no processo concorrencial do setor.

Também nos Estados Unidos há defensores da introdução de alterações aos parâmetros para análise obrigatória nos mercados de atuação das plataformas digitais (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 16). As propostas consideram a introdução de critérios baseados no valor da operação ou outra variável que permita análise de operações entre plataformas digitais e startups. Nessa linha, elas vão diretamente ao encontro de experiências recentes como a alemã e a austríaca, que incluíram o critério alternativo do valor da transação para notificação prévia à consumação.

Para o cenário brasileiro, entende-se que essa é uma opção viável, que possibilitaria, por exemplo, identificar ao menos a aquisição de competidores potenciais que os participantes do mercado consideram como de grande valor e pelos quais estariam dispostos a desembolsar contraprestação pecuniária expressiva. Essa alteração estaria em linha com as iniciativas internacionais mais recentes, mas deve-se considerar que haveria necessidade de alteração legislativa para inclusão no texto normativo da Lei 12.529/2011.

Já em 2002, em relatório fornecido para a OECD, antes da vigência da Lei 12.529/2011, o Brasil considerava que, em mercados com altas taxas de inovação, o percentual de mercado detido não necessariamente refletiria os possíveis impactos negativos para a competição. Nesse sentido, se uma empresa tem alta capacidade inovadora, mesmo que o ato de concentração não adicione parcela significativa de mercado à empresa incumbente, não é improvável que se considere uma possível diminuição nos índices de inovação e na “competição pelo mercado” (OECD, 2002, p. 75). Recentemente, destacou-se também a influência do uso de dados (*Big Data*) para a formação de poder de mercado e posição dominante (BAGNOLI, 2016) e a possibilidade de que as métricas tradicionais, quando aplicadas para plataformas de múltiplos lados, levem a subdimensionamento das participações de mercado (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 21).

A introdução de critério alternativo leva em consideração que tais particularidades são melhor precificadas pelos agentes econômicos; e estariam refletidas no valor da transação. Considerando o estabelecimento de valores consideráveis, seria evitado ônus excessivo sobre o CADE enquanto autarquia, já que toda análise antitruste é também alocação de recurso público. Especificamente com relação aos valores para que a transação seja considerada, não foram encontrados em fontes de acesso público dados suficientes para a proposta, mas entende-se que

o caminho para sua definição passaria pelo histórico recente de aquisições realizadas no cenário nacional por plataformas relevantes, para que se pudesse identificar patamar mínimo.

Outra opção seria identificar plataformas digitais no cenário brasileiro que assumem posição dominante e, para tais agentes, estabelecer a premissa de que seus atos de concentração devem ser notificados previamente. Assim, o reconhecimento da vantagem de uma plataforma estabelecida como *first mover*, como a iFood, permitiria acompanhar sua estratégia comercial de aquisições de potenciais competidores antes que elas ocorressem. Haveria também uma ferramenta adicional para que o CADE atuasse em situações que já lhe teriam chamado a atenção, antes da consumação das operações, hipótese não capturada na abrangência do §7º da Lei 12.529/2011.

A princípio, o rol de plataformas relevantes poderia considerar a expressividade no mercado em nível nacional, considerando especialmente seus setores de atuação. Seriam exemplos iFood, Google e Meta, sem prejuízo de inclusões e revisões da lista. Como critérios objetivos, sugere-se que para consideração do agente como expressivo, haja ao menos 21 milhões de usuários ativos mensais; e 5.000 usuários comerciais⁵¹ na plataforma. Com relação ao faturamento das partes, ressalta-se que informações importantes não foram localizadas em fontes de acesso público e, portanto, eventual critério adicional nesse sentido deve ser analisado de forma pormenorizada, com a participação dos agentes econômicos do setor.

Pesadas as opções apresentadas, entretanto, reconhece-se que a introdução do critério do valor da operação para notificação, embora requeira alteração legislativa, seria mais objetivo e poderia levantar menos questionamentos dos setores econômicos quanto à adoção de novas medidas e a intervenção da autoridade antitruste no ambiente negocial.

4.2. Fase de instrução

Após a notificação obrigatória, a operação passa pela análise do CADE. Para fins de simplificação, tratar-se-á nesta seção da fase de análise do ato de concentração. Nela, ocorre

⁵¹ A métrica para adequação dos parâmetros à realidade brasileira considerou a adequação ao tamanho da população nacional, tomando por referência os padrões europeus para definição de gatekeepers. Tendo que a população europeia até janeiro de 2021 atingia 447,2 milhões de pessoas (EUROSTAT, 2022) e o Digital Markets Act considera 45 milhões de usuários finais, tem-se uma proporção de aproximadamente 10% da população como usuários ativos finais. No Brasil, em julho de 2022 a população atingia aproximadamente 214,8 milhões de pessoas (IBGE, 2022), de forma que se propõe neste trabalho 21 milhões de usuários ativos finais. O mesmo raciocínio foi utilizado para estimar os usuários comerciais.

a apresentação de evidências pelas partes, bem como o angariamento de informações no mercado pelo CADE, o que pode ser feito por meio de questionamentos aos demais participantes do mercado.

Já no documento de apresentação do ato de concentração, as partes descrevem detalhes da transação pretendida, e buscam demonstrar a inexistência de preocupação concorrencial. Conforme o Guia H e a análise de casos conduzida previamente, um dos principais pontos dessa etapa é a definição de mercado relevante. Mesmo nos atos de concentração em que se identificaram particularidades que permitiriam a flexibilização do conceito, a autoridade e as partes passaram por esta etapa, que guiou a conclusão da análise.

De forma geral, delimitar o mercado relevante permite a identificação de substitutos e da pressão competitiva experimentada pelas empresas envolvidas no ato de concentração sob análise. Assim, a definição varia de acordo com os produtos e serviços a serem substituídos, se há concorrência na própria plataforma entre agentes que disponibilizam complementos, competição entre plataformas ou competição entre as plataformas e competidores potenciais ou nascentes (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 31-32). Trata-se de análise casuística por definição, que requer que a autoridade antitruste realize angariamento amplo de informações sobre o setor de atuação envolvido.

Nesse cenário, como ressaltado no ato de concentração entre OLX e Grupo ZAP, a definição de mercado relevante pode vir a ser flexibilizada, para dar maior ênfase a condutas exclusionárias específicas advindas da operação. Nos setores de atuação das plataformas digitais, a identificação de condutas anticompetitivas pode levar custos adicionais de aplicabilidade do antitruste, dado o grande número de condutas exclusionárias possível nos mercados digitais (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 31-32).

Entretanto, apesar de o CADE reconhecer que o mercado relevante pode ser flexibilizado para maior ênfase nas condutas anticompetitivas, o estudo de casos identificou que não há análise prévia destas possibilidades no momento de exame de atos de concentração. À época, a autoridade ressaltou que tal verificação dependeria da ocorrência concreta de conduta anticompetitiva.

Aponta-se que um intuito anticompetitivo por trás do ato de concentração pode ser demonstrado tanto por evidências documentais, quando disponíveis, quanto pela conduta da empresa. Hemphill e Wu (2020, p. 30) trazem o exemplo de um histórico reiterado de aquisições

de competidores nascentes pela empresa dominante no mercado, o que indicaria um padrão a ser observado. No Brasil, esse é o caso de plataformas como iFood.

Os autores destacam, ainda, que pode haver evidências internas, como programas para identificação de novos competidores que seja equivalente aos atos de concentração concretizados. De forma específica, a Meta possuía documentos que comprovaram tal acompanhamento quando da aquisição do Instagram (HEMPHILL, WU, 2020, p. 30). Apesar dos indícios, a operação foi aprovada por todas as autoridades que a analisaram⁵².

Nota-se, assim, espécie de presunção sobre a condução regular de negócios pelas partes envolvidas, mesmo nos casos em que os concorrentes expressam preocupação relevante com a possibilidade de fechamento de mercado. Ao contrário, a primeira sugestão seria identificar que o ônus da prova a respeito das eficiências e do racional contrário à adoção de condutas anticompetitivas mediante preocupações de que elas venham a ocorrer seria das partes envolvidas na operação. O CADE tem, por exemplo, a prerrogativa de estabelecer medidas de acompanhamento da conduta das empresas envolvidas após a consumação do ato de concentração, que poderiam ser modeladas de acordo com o caso específico.

Da forma como tem sido conduzida hoje, a análise antitruste inclui premissas implícitas de que o ônus da prova quanto aos efeitos anticompetitivos de um ato de concentração e prejuízos à concorrência recai sobre a autoridade concorrencial. Há, nesse sentido, espécie de presunção *in dubio pro* mercado.

De forma diversa, o envolvimento de plataformas digitais com verdadeira predominância nos setores de atuação e o levantamento da preocupação de concorrentes com a possibilidade de adoção de práticas exclusionárias advindas de atos de concentração⁵³, bem como com a diminuição do nível de concorrência, deveriam alterar o ônus da prova. Nessas situações, a proposta é que as partes envolvidas comprovem que o ato de concentração não irá prejudicar a concorrência (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 16), alterando a premissa inicial de que parte a análise antitruste.

Em linha similar, Fernandes (2022a, p. 312-313) identifica como adequação a ser realizada no controle de condutas a adoção de presunções de ilicitude para determinadas

⁵² Não houve análise prévia pelo CADE da operação, dado que o faturamento do Instagram não correspondia aos parâmetros nacionais de notificação obrigatória.

⁵³ Sobre a adequação da metodologia tradicional ao controle de condutas de exclusão de plataformas digitais, ver Fernandes (2022).

condutas exclusionárias, quais sejam, aquelas que (i) de qualquer forma, criam ou reforçam posição dominante prévia; (ii) acarretam diminuição pelo agente dominante da concorrência em mercado relevante adjacente de produtos complementares; e (iii) acarretam redução pelo agente dominante da possibilidade de rivais obterem retorno financeiro de suas inovações.

Para análise de atos de concentração, entende-se que práticas prévias das empresas requerentes, especialmente de condutas que pudessem se enquadrar nas aqui elencadas, aumentariam a necessidade de inversão do ônus, para que demonstrem à autoridade que a diminuição de agentes no setor não haverá prejuízo ao processo competitivo no mercado relevante.

Isso estaria em consonância com a posição assimétrica da qual a autoridade parte com relação às informações e dados de mercado disponíveis. Ao analisar os mercados de atuação das plataformas digitais, inclusive as formas de análise econômica das provas disponíveis podem fugir dos modelos tradicionais. De forma diversa do que se espera, a interação entre agentes econômicos que oferecem serviços personalizados nem sempre estará refletida no aumento/diminuição de preços ao consumidor ou pela substitutibilidade dos produtos presentes no mercado. Assim, a aferição de efeitos prejudiciais à concorrência que podem advir de atos de concentração, como a adoção de condutas exclusionárias após a concretização da operação, enfrenta maior dificuldade, ampliada pela premissa de que o ônus para demonstrar a conduta anticompetitiva seria do CADE.

Explicitada a importância de alterar a premissa inicial da análise antitruste quanto ao papel das partes na demonstração de que a operação não prejudicaria a concorrência, a partir da informação fornecida por elas seria possível também adotar novas formas de definição dos mercados. Bagnoli (2020), por exemplo, propõe a definição do mercado relevante de big data para situações que envolvam agentes econômicos digitais dominantes.

Na visão do autor, o papel dos dados não pode ser desconsiderado, dada a influência do tratamento e captura nos comportamentos empresariais. Tal proposta foi melhor descrita na Seção 2.3.1, sendo um caminho viável para que a autoridade antitruste passe a abordar com maior especificidade as situações envolvendo plataformas digitais e o tratamento de dados.

Outras propostas frente à atuação das plataformas digitais e à combinação de particularidades que marca seus modelos de negócios reconhecem que a análise tradicional antitruste deve se adaptar à dinâmica digital. Para a definição do mercado relevante, opção adicional seria considerar o fator atenção dos consumidores, delimitando “mercados de

atenção” no lado da procura (JACOBIDES, LIANOS, 2021, p. 9) e considerando também a possibilidade de inserir as dimensões de inovação e qualidade (SILVA, 2019, p. 179) na análise de mercados envolvendo *big data*.

Em particular para situações que envolvam inovação como uma das preocupações, Shapiro (2012, p. 363-365) propõe que a análise seja realizada tendo por base três parâmetros para determinar os incentivos que uma empresa tem para adotar um comportamento inovador: (i) contestabilidade; (ii) apropriabilidade; e (iii) sinergias. O primeiro refere-se à perspectiva de que a empresa obtenha mais ganhos ao oferecer maior valor aos consumidores. Se os ganhos da empresa não são afetados pelo oferecimento de novos produtos ou serviços, ela não possui incentivos para inovar.

Na apropriabilidade, verifica-se em até qual medida a empresa inovadora pode capturar os benefícios sociais resultantes da inovação, ou seja, até que ponto a inovação é uma vantagem competitiva para a empresa e por quanto tempo permanece como tal. Se a inovação é rapidamente copiada pelos concorrentes, a empresa não tem incentivos para estabelecê-la, porque seus retornos futuros serão rapidamente prejudicados.

Por fim, a sinergia verifica as eficiências resultantes do ato de concentração, ou seja, se a complementaridade das partes envolvidas gera inovação no mercado. Esse princípio relaciona-se diretamente com a habilidade de inovar, enquanto os outros dois referem-se aos incentivos para tanto. Nenhum necessariamente conecta-se com a análise de concentração de mercado (SHAPIRO, 2012, p. 365), de forma que podem representar um passo para adoção de novas perspectivas na análise antitruste.

Em conjunto com a importância do *big data*, vê-se que a análise antitruste pela autoridade dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais e características de inovação requer constante atualização e adaptação. Similarmente, Fernandes (2022a, p. 297), ao analisar possíveis adequações do controle de condutas às plataformas digitais, identifica que a incorporação da inovação na análise antitruste requer adaptação das fases tradicionais de aplicação da regra da razão.

É válido afirmar que, ao final, as alterações propostas neste trabalho para a fase de instrução da análise antitruste de atos de concentração envolvem a mudança da perspectiva voltada para a eficiência alocativa. Ao final, ter-se-ia a adoção de premissas que considerem de forma mais expressiva possíveis práticas anticompetitivas nos setores de atuação das plataformas digitais após a consumação da operação.

Não apenas menores preços e mais alternativas de escolha devem ser considerados⁵⁴, já que “notadamente nos mercados digitais, preços passaram para um segundo plano na escala de importância, ao passo que a privacidade e a integridade da vontade dos consumidores parecem ter sido alçadas ao primeiro plano no cálculo de seu bem-estar” (DOMINGUES, GABAN, KLEIN, 2021, p. 324). Destaca-se que, a princípio, não foram identificadas alterações legislativas necessárias para que se promovam tais mudanças, dado que o Guia H reconhece a flexibilidade da análise antitruste, que deve ser casuística, e a Lei 12.429/2011 não estabelece parâmetros rígidos a serem seguidos pela autoridade.

4.3.Fase de julgamento

Nesse tópico, desdobra-se sobre a conclusão do processo administrativo de análise de atos de concentração, ou seja, sobre a aprovação ou reprovação da operação. A princípio, destaca-se que apesar de a doutrina antitruste tradicional elencar como um dos passos essenciais a análise de eficiências, corroborada pelo Guia H, o levantamento de dados realizado neste trabalho identificou que, na realidade, o CADE aborda a análise de eficiências como um dos últimos passos. Dos casos levantados, raramente se chegou a tal etapa, sendo que a autoridade identificou que os casos poderiam ser aprovados prescindindo do levantamento de eficiências.

A prática, portanto, tem demonstrado que apesar da retórica presente, herança da Escola de Chicago, os casos concretos são solucionados utilizando conceitos como definição de mercado relevante e identificação de barreiras à entrada. As eficiências específicas do ato de concentração normalmente não são consideradas, no sentido de que não se espera que as partes demonstrem de forma qualitativa e quantitativa quais seriam as compensações advindas da operação que justificariam a redução da competição no setor de atuação.

Nessa perspectiva, a inclinação de que os conceitos tradicionais sejam analisados sob a perspectiva de preço como variável principal de análise não se adequa perfeitamente aos mercados das plataformas digitais. O CADE reconhece essa dificuldade; e em casos como o ato de concentração entre OLX e Grupo ZAP, e Mosaico e Buscapé, ele buscou ampliar a forma de

⁵⁴ No ato de concentração OLX e Grupo ZAP, por exemplo, ainda que os concorrentes tenham expressado preocupação com a adoção de condutas exclusionárias e que as partes tinham posição dominante, considerou-se que inexistiam preocupações concorrenciais dada a existência de outras plataformas que poderiam ser acessadas pelos consumidores. De forma semelhante, na aquisição da Delivery Hero pela Naspers, foi trabalhada a baixa participação de mercado da Delivery Hero, mas com pouca atenção à posição dominante do iFood no setor e ao histórico de aquisições de competidores potenciais e nascentes já realizadas pela empresa.

definir participação de mercado das partes envolvidas. Entretanto, não se notou grande destaque à observação das possíveis condutas anticoncorrenciais que poderiam ser adotadas pelas partes; e, na mesma linha, não houve grandes considerações sobre os impactos à inovação e concorrência potencial ou nascente.

Há opções diversas a serem consideradas, como análise dos efeitos anticompetitivos no preço pelo lado da publicidade, em razão da mudança de demanda criada no mercado pelas ferramentas de busca (JACOBIDES, LIANOS, 2021, p. 9). Para as plataformas, a publicidade digital é o lado que mais se aproxima da variável preço, sendo a forma de remuneração mais comum do modelo de negócios, de forma que eventual aplicação da análise de efeitos poderia considerar esse mercado. Entretanto, tais adequações devem ser realizadas mediante análise dos casos concretos.

Outra possibilidade pode ser a ênfase nos efeitos abusivos a partir de parâmetros alternativos ao preço, mas que sejam valorizados pelos usuários finais, como a privacidade (JACOBIDES, LIANOS, 2021, p. 9). Fernandes (2022b, p. 1) destaca que o CADE analisou casos recentes em que a privacidade foi abordada como parâmetro de qualidade em atos de concentração⁵⁵. Nessa perspectiva, um possível efeito da operação poderia ser a diminuição da pressão competitiva para que as plataformas adotassem termos e condições mais protetivos aos usuários.

O autor identifica que essa abordagem está em linha com a Lei de Defesa da Concorrência, que traz qualidade como um parâmetro válido de efeito compensatório para o aumento da concentração no mercado. Dos casos apresentados, a privacidade dos usuários foi levantada como preocupação principalmente por concorrentes das partes nos respectivos mercados, mas a autoridade entendeu de forma contrária aos argumentos apresentados, refletindo uma posição cautelosa (FERNANDES, 2022b, p. 2-4).

Pelo apresentado, parece que a melhor forma de trabalhar a aprovação ou reprovação dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais é identificar quais parâmetros importam aos consumidores finais e serão impactados pela operação, além da redução de escolha dos agentes disponíveis e do aumento de preços dos serviços ofertados. Se um ato de concentração resulta no compilado de dados pessoais em abundância dos consumidores finais; ou amplia em demasiado a influência na atenção, podendo inclusive

⁵⁵ Os casos elencados são os atos de concentração entre Hub Prepaid Participações S.A. e Magalu Pagamentos Ltda., Claro S.A. e Serasa S.A., e STNE Participações e Linx.

limitar a atuação de plataformas nascentes, ainda que não se tenha faturamento expressivo das partes envolvidas, ele poderia ser reprovado pela autoridade antitruste.

Especialmente no que tange a possibilidade de interferência para concorrência potencial, reiteradamente a bibliografia destaca os desafios da aplicação da análise tradicional. O CADE, contudo, destaca que os relatórios mais recentes não consideram o papel dos altos investimentos em inovação realizados pelas grandes plataformas, o que deveria ser considerado na hipótese de alterações legislativas (CADE, 2020, p. 133). Não por acaso, encontra-se o posicionamento de que maior intervenção da autoridade concorrencial em fusões e aquisições de *startups* deveriam acontecer apenas em mercados nos quais os benefícios de preservar a competição potencial superassem quaisquer efeitos negativos possíveis para as taxas de inovação (LETINA *et. al.*, 2020, p. 2).

De forma geral, a proposta principal deste tópico não requer alteração legislativa, respeitando o princípio de que qualquer interferência regulatória deve ser justificada e necessária. Propõe-se que a conclusão sobre a aprovação ou reprovação dos atos de concentração foque no processo concorrencial, ao invés do resultado específico da operação.

Se a análise de eficiências é etapa que representa exceção à regra, mais importante é focar nas condições de competitividade que o mercado apresentará após a consumação da operação. De forma complementar à proposta de acompanhamento do histórico dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais dominantes, com inversão do ônus da prova, identifica-se que a aprovação do ato de concentração pode incluir obrigações acessórias de reportes futuros à autoridade antitruste.

Não se busca barrar a liberdade de iniciativa ou movimentos empresariais legítimos, devendo o foco ser preservar a concorrência nos mercados sob análise. A realidade, porém, deixa claro que as premissas antitruste precisam ser adequadas às dificuldades que o avanço das plataformas digitais impõe, considerada a possibilidade de comprometer a rivalidade e diminuir os ganhos de bem-estar social (FERNANDES, 2022a, p. 297). Dada a posição da autoridade, naturalmente assimétrica frente aos agentes econômicos com relação às condições do setor de negócios, a aprovação do ato pode requerer atuação posterior.

Adicionalmente, alguns autores consideram que a legislação brasileira atual permite a revisão pelo CADE dos atos de concentração já efetuados dentro do prazo de um ano e que a utilização dessa prerrogativa poderia ser suficiente para lidar com os desafios das aquisições não capturadas inicialmente pelo critério do faturamento (LEMONS, 2021, p. 53). A

jurisprudência do CADE possui poucos exemplos da utilização dessa faculdade⁵⁶, por preocupações concorrenciais advindas de participação elevada das partes envolvidas no mercado e de que as operações poderiam resultar em concentração de mercado.

No AC nº 08700.005972/2018-42, foi ressaltado que essa previsão representa instrumento válido e necessário para a atuação preventiva do CADE em sede de controle de atos de concentração (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018a). Na mesma oportunidade, deu-se a sugestão de que operações envolvendo os grupos aos quais as partes pertenciam fossem notificadas ao CADE, mesmo sem a observância dos critérios mínimos de faturamento.

Dado que a norma estabelece a possibilidade de revisão dentro de um ano após a consumação do ato de concentração, ao receber denúncia sobre estágio prévio ou tomar conhecimento sobre uma operação que lhe pareça resultar em efeitos danosos à concorrência, o CADE pode determinar que as partes a notifiquem para análise. Sobre a operacionalidade dessa prerrogativa, a Resolução CADE nº 24/2019 traz, em seu artigo 14, que verificados os critérios de oportunidade e conveniência da Administração, a Superintendência pode instaurar Apuração de Ato de Concentração antes de requerer a submissão da operação ao CADE (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2019b). Nessa fase, a Superintendência decide pela notificação ou pelo arquivamento do ato.

Assim, pelas ferramentas já existentes na legislação antitruste, o acompanhamento dos atos de concentração subsequentes realizados por plataformas dominantes no cenário nacional poderia ser realizado pela autoridade. Na verdade, a imposição de obrigações acessórias relativas a atos de concentração futuros não é novidade para o CADE.

Em casos envolvendo mercados de medicina diagnóstica altamente concentrados e baixas perspectivas de novas entradas, chegou-se inclusive a determinar o compromisso de não participar de atos de concentração. A restrição foi limitada àqueles que resultam em reforço de poder de mercado, para “propiciar que outros concorrentes nesses mercados relevantes consigam ganhar parcela de mercado e assim equilibrar um pouco mais a concorrência” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018b, p. 74-75). Possível, portanto, que sejam trabalhados compromissos futuros das partes de notificação de atos de

⁵⁶ Busca no Sistema de Jurisprudência do CADE realizada em julho de 2022 resultou na identificação de três atos de concentração analisados em razão da aplicação do §7º, artigo 88 da Lei 12.529/2011 (AC nº 08700.001227/2020-49, AC nº 08700.006355/2017-83 e AC nº 08700.005959/2016-21).

concentração, para que a autoridade possa analisar o impacto à concorrência nascente nos mercados de atuação das plataformas digitais.

O acompanhamento anterior à consumação das operações considera também que eventual repressão posterior a atos de concentração efetivados necessariamente passaria pela identificação das integrações já realizadas entre as empresas, sendo difícil imaginar um cenário em que a reversão do ato acarrete retorno ao *status quo ante*.

Não se ignora ainda a possibilidade de que o acompanhamento de atos de concentração pelas plataformas gere a aplicação de remédios pela autoridade. Algumas das possibilidades para o setor digital incluem a determinação de compartilhamento de dados, implementação de protocolos de interoperabilidade, requisitos de não-discriminação e a separação de conteúdo das plataformas (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 33). Entretanto, entende-se que essa construção é necessariamente casuística, a depender das práticas efetivamente averiguadas nos mercados de atuação sob análise, e, portanto, representa etapa de aprofundamento futuro do estudo.

CONCLUSÕES

Este trabalho desdobrou-se sobre as dificuldades que a atuação das plataformas digitais como agentes econômicos trazem para a análise antitruste de atos de concentração, em especial considerando inovação e competição potencial/nascente. A pergunta que guiou a investigação questionava se o CADE aborda em sua análise dos atos de concentração envolvendo plataformas digitais métodos alternativos à metodologia tradicional.

Partiu-se da hipótese de que a análise antitruste brasileira, como é realizada hoje, não leva em consideração de forma significativa fatores além da eficiência alocativa. Assim, o tratamento de fusões e aquisições em cenários de competição dinâmica e, principalmente, aqueles marcados por altas taxas de inovação, não seria diferente de uma análise estática (análise baseada em preços, sob uma perspectiva de eficiência alocativa influenciada pela Escola de Chicago), apesar das particularidades existentes. Ao final, o estudo concluiu que a análise conduzida pela autoridade é casuística e considera as características de plataformas digitais, apesar de não ter sido identificada menção relevante ao potencial inovador das empresas envolvidas, sendo possível a adoção de adequações à análise antitruste de atos de concentração envolvendo plataformas digitais.

Na construção do estudo, levantou-se primeiro os principais conceitos relativos à inovação como comportamento empresarial, bem como a relação com a concorrência no mercado. Destacou-se as perspectivas de Schumpeter e Arrow sobre como tais conceitos estão conectados, e identificou-se os pontos de contato entre os autores, buscando atualizar a discussão para o cenário atual, no qual as grandes empresas de tecnologia, atuando sob modelos de negócios de plataformas digitais, assumiram maior relevância no oferecimento de serviços e produtos em nível mundial. Identificou-se principalmente que a relação entre concorrência e inovação pode estar conectada com os incentivos dos agentes econômicos e suas expectativas de ganhos no mercado após a introdução de novos produtos e serviços.

Em sequência, o foco foi dado às próprias plataformas digitais, buscando demonstrar quais são as características que geram maior complexidade para atuação da autoridade antitruste. Identificou-se que o modelo de negócios das plataformas digitais combina fatores já conhecidos pelas autoridades antitruste, tais como efeitos de rede e a configuração como plataformas de dois ou múltiplos lados, mas que tal combinação aumenta a possibilidade

de alguns agentes econômicos aproveitarem a vantagem de *first mover* e permanecerem em posição dominante nos mercados de atuação.

Tendo levantado as bases conceituais e demonstrado os desafios do modelo de negócios das plataformas sobre conceitos tradicionais do antitruste; e assumindo a inovação e a competição potencial como preocupações da política concorrencial, passou-se à análise de como os atos de concentração envolvendo tais agentes são solucionados. Para tanto, o cenário internacional representou importante marco teórico, especialmente com relação a alterações que foram implementadas e/ou estão sob discussão para fomentar a concorrência nos mercados de atuação das plataformas digitais.

Como ressaltado a princípio, o objetivo central deste trabalho relacionava-se de forma exclusiva com a identificação de novos caminhos para a autoridade antitruste brasileira na atuação em casos envolvendo as plataformas digitais, tendo por premissa a consideração de inovação e competição potencial. A partir da experiência internacional e mediante o confronto de tais adequações com o ordenamento normativo brasileiro, identificou-se que o principal desafio da autoridade é tomar conhecimento das operações, em razão do critério de faturamento para notificação obrigatória às autoridades.

Da mesma forma, apesar de a retórica derivada da Escola de Chicago ter sido incorporada ao racional de aplicação do direito antitruste por meio da análise de eficiências e do saldo líquido da operação para aprovação ou reprovação, a prática demonstra que poucos casos realmente chegam a esta fase da análise. Assim, a maioria dos casos restringe-se ao aprofundamento de conceitos como definição do mercado relevante e levantamento das barreiras à entrada, o que se demonstrou a partir do estudo de caso envolvendo três atos de concentração analisados pelo CADE. Ressalva-se que a seleção pela plataforma de pesquisa da própria autoridade pode ter influenciado na percepção dos resultados, dado que se utilizou classificação prévia e filtro presente no sistema.

Nesse cenário, a adoção da perspectiva de preço como métrica pode levar a resultados incongruentes nos casos envolvendo plataformas digitais, porque os modelos de negócios costumam basear-se em outras variáveis, tais como captura e tratamento de dados e personalização de anúncios para os usuários. A primeira ressalva que se faz, portanto, é que a delimitação de mercado relevante, quando feita, leve em consideração dimensões outras que o aumento ou diminuição de preços para o consumidor, analisando com maior profundidade

aspectos como privacidade e concentração de dados, principalmente quando levantados por rivais das empresas envolvidas na operação.

Não se pode ignorar que o desenvolvimento dos modelos de negócios das plataformas resultou em figuras como os ecossistemas de plataformas digitais, nos quais a reunião de serviços e produtos disponíveis integra não apenas dois lados do mercado, mas diversos agentes econômicos integrados. A reunião de dados disponíveis para coleta e tratamento, bem como o poder de influência que a plataforma agregadora pode exercer sobre as demais empresas envolvidas, dificultam a aplicação da ótica tradicional de eficiência alocativa.

Proteção de dados e privacidade devem ser, portanto, parâmetros essenciais para análise dos mercados digitais. Ao contrário do que possa parecer, a rivalidade nos mercados de atuação das plataformas, na grande maioria dos casos, é para adquirir e tratar dados pessoais dos usuários (COSTA-CABRAL, LYNSKEY, 2017, p. 3). Além de influenciarem diretamente na remuneração das plataformas digitais, os dados fomentam a criação de novas tecnologias adequadas ao público consumidor.

Dessa forma, a retenção pelas plataformas digitais dominantes pode reforçar essa posição, dificultando o desenvolvimento de agentes econômicos nascentes que possam representar competição futura nos mercados de atuação. Nesse cenário, o impacto para inovação no setor poderia ocorrer de forma direta; o que deveria motivar uma análise mais detalhada da autoridade antitruste.

O próprio Guia H elenca que o exercício de poder de mercado pode envolver a redução dos níveis de inovação e a diminuição de qualidade dos serviços e bens ofertados, e representa, portanto, preocupação concorrencial considerável. De forma específica para os mercados de atuação das plataformas digitais, privacidade poderia ser vista como dimensão de qualidade dos serviços e produtos ofertados, considerando especialmente prejuízos ao processo competitivo e a relevância na situação concreta sob análise. Nesse ponto, vale ressaltar que “para o antitruste, privacidade, como os outros fatores competitivos não relacionados ao preço, pode ou não ser relevante para a competição em determinado mercado” (FERNANDES, 2022b, p. 3) e, em cenários de dúvida, entende-se que deveriam ser considerados.

Os casos analisados, contudo, levam à conclusão principalmente de que a possibilidade de inovação no setor não recebe atenção pormenorizada da análise antitruste de atos de concentração, sendo que sua consideração se baseia exclusivamente nas alegações das

partes envolvidas na operação, que costumam levantar o estímulo à inovação como racional econômico de justificativa para os atos de concentração. Nos documentos públicos, porém, não há, na maior parte dos atos de concentração analisados, grande desenvolvimento sobre os planos concretos para novos produtos ou serviços após a operação.

Adicionalmente à adequação da definição de mercado relevante para o cenário digital, o entendimento é que as condições de competitividade no mercado devam receber maior peso do que a definição de mercado relevante. Nos mercados tecnológicos, é de maior importância analisar os efeitos “pró e anticompetitivos”, o que é mais difícil “em razão do seu dinamismo” (VILANOVA, 2018).

Dessa forma, entende-se que as empresas envolvidas devem demonstrar à autoridade de forma concreta que a concorrência no mercado de atuação terá condições de desenvolvimento após a concretização do ato de concentração sob análise. Especialmente nesse ponto, propõe-se a inversão do ônus da prova, no sentido de que cabe às partes realizar tal demonstração, dado que a autoridade antitruste se encontra, naturalmente, em posição de assimetria de informações.

A proposta final refere-se, por sua vez, ao acompanhamento do histórico de atos de concentração de plataformas que exerçam posição dominante no cenário nacional. O CADE já adotou a obrigação de informar futuras operações em situações passadas, de forma que há espaço no ordenamento jurídico nacional para acomodar tal proposta. A medida permitiria identificar quais atos de concentração estão sendo realizados, ainda que sem atingir os critérios de faturamento, e os motivos que os embasam, possibilitando averiguar a ocorrência de aquisições de concorrência nascente e impactos para o desenvolvimento de novas tecnologias.

Adicionalmente, o acompanhamento dos atos de concentração futuros e do comportamento das plataformas dominantes diminuiria uma das grandes dificuldades da análise antitruste, qual seja, seu caráter prospectivo. Toda operação é analisada considerando os mercados sob o cenário atual e as possibilidades futuras, mas não há como ter certeza sobre os impactos e efeitos que derivariam do ato, apesar das ferramentas de apoio disponíveis, como análise econômica e modelos estatísticos. Assim, o acompanhamento permitiria a identificação dos efeitos que realmente ocorreram, bem como eventual necessidade de atuação do CADE para coibir condutas anticoncorrenciais.

Nesse sentido, considera-se “fundamental que o Direito da Concorrência não apenas não comprometa ou dificulte a inovação, mas possa sobretudo funcionar como

importante instrumento para incentivá-la e fomentá-la” (FRAZÃO, 2017, p. 58). Faz-se necessário identificar critérios de aplicação para análise antitruste de atos de concentração, tendo como objetivo maior o uso do antitruste de maneira a não desencorajar a inovação e/ou desfavorecê-la frente ao crescimento de poder econômico das adquirentes.

Idealmente, a meta deve ser possibilitar que a inovação tenha seus benefícios revertidos em favor dos usuários finais, sem que lhe acompanhem efeitos negativos consideráveis. Em resumo, o foco deve ser “proteger e preservar a inovação e o desenvolvimento, minimizando os prejuízos de forma que a sociedade possa colher os benefícios” (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE, 2019, p. 27). Sob tais objetivos, a identificação do comportamento das empresas após a operação, a aquisição reiterada como estratégia empresarial, bem como a possibilidade de manutenção de independência na condução dos negócios por meio da estruturação societária estabelecida, são fatores a se considerar.

Considerando essas premissas, é possível a implementação de algumas adequações à atuação do CADE, que poderiam representar um melhor acompanhamento dos atos de concentração realizados por plataformas digitais, principalmente tendo em foco impactos à inovação. De forma geral, não é papel do operador do direito barrar ou dificultar o desenvolvimento empresarial e essa abordagem não se adequaria à ordem jurídica nacional, que busca vedar exclusivamente o abuso de poder de mercado. Entretanto, a prática tem demonstrado que a concentração de poder pelas plataformas digitais tem consequências relevantes, de forma que a autoridade antitruste pode assumir posição mais próxima dos casos. As ideias defendidas neste trabalho, portanto, focam no escopo preventivo de atuação do CADE, de forma a impedir que condutas anticoncorrenciais derivem de atos de concentração que poderiam ter sido analisados pela autoridade previamente.

REFERÊNCIAS⁵⁷

ACEMOGLU, Daron. Antitrust Alone Won't Fix the Innovation Problem. **Project Syndicate**, 30 out. 2020. Disponível em <https://www.project-syndicate.org/commentary/google-antitrust-big-tech-hurdle-to-innovation-by-daron-acemoglu-2020-10>. Acesso em: 20 nov. 2020.

AGHION, P.; BLOOM, N.; BLUNDELL, R.; GRIFFITH, R.; HOWITT, P. Competition and Innovation: an inverted-u relationship. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 120, n. 2., p. 701-728, maio 2005. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/~uctp39a/ABBGH_QJE_2005.pdf. Acesso em: 13 ago. 2022.

ALMEIDA, Rafael Alves de. Market Dominance in the New Economy. **Revista Direito GV**, vol. 2, n. 2., p. 67-98, jul./dez. 2006. Disponível: em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35142/33911>. Acesso em 01 mar. 2022.

ALMEIDA, S. F.; LEITE, A. O. M.; MONTEIRO, A. S. C. Plataformas Digitais: a definição de mercado relevante enriquece ou limita a análise antitruste? In: MACEDO, Agnes; MAIOLINO, Isabela (org.). **Mulheres no Antitruste**. São Paulo: Singular, 2020. v. 3.

ARROW, Kenneth. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. In: UNIVERSITIES-NATIONAL BUREAU COMMITTEE FOR ECONOMIC RESEARCH, COMMITTEE ON ECONOMIC GROWTH OF THE SOCIAL SCIENCE RESEARCH COUNCIL. **The Rate and Direction of Inventive Activity: economic and social factors**. New Jersey: Princeton University Press, 1962. Disponível em <http://www.nber.org/books/univ62-1>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BAGNOLI, Vicente. The Big Data Relevant Market. **Concorrenza e Mercato: antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property**, vol. 23, p. 73-94, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064792. Acesso em 13 ago. 2022

BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M.; MIELE, A. F.; SILVA, B. F. M. (org). **Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Editora Singular, 2019.

BAGNOLI, Vicente. Digital Platforms as Public Utilities. **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, vol. 51, p. 903-905, 17 set. 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00975-2>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. **Antitrust Law Journal**, vol. 74, 2007. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962261. Acesso em: 05 jul. 2020.

BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Big Data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. In: DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M.; MIELE, A. F.; SILVA, B. F. M. (org). **Direito Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Editora Singular, 2019.

⁵⁷ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023).

BESSANT, John; TIDD, Joe. **Inovação e Empreendedorismo**. 3 ed. Porto Alegre: Bookman, 2019.

BLUNDELL, R.; GRIFFITH, R.; VAN REENEN, J. Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms. **The Review of Economic Studies**, vol. 66, n. 3, jul. 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2567013>. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BUENO, C. D. G.B.; CHAKMATI, M. S.S.; GARRIDO, M. P.; SILVA, L. R. **Killer acquisitions: startups, inovação disruptiva e intervenção antitruste – onde estamos e para onde vamos?** INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL, 2019. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/433/25_IBRAC_2019_KILLER_ACQUISITIONS.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ. **Act against Restraints of Competition** (Competition Act - GWB), 09 jul. 2021. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html. Acesso em: 06 jun. 2022.

BUNDESKARTELLAMT; BUNDESWETTBEWERBSBEHÖRDE. **Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)**, jul. 2018. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 08 jun. 2022.

BUNDESKARTELLAMT. **Case Summary**. [S.l.], 15 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 15 abr. 2022.

BOISSIN, J. P.; FREITAS, H. M. R.; MARTENS, C. D. P.; RAMOS, A. S. M. Práticas de Agressividade Competitiva em Empresas do Setor de Software do Rio Grande do Sul: um estudo exploratório com executivos. **Revista de Ciências da Administração**, vol. 15, n. 36., p. 211-227, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273528930014>. Acesso em 13 ago. 2022.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. Nova Iorque: Basic Books, 1978.

BOTREL, Sérgio. **Fusões & Aquisições**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPOBIANCO, Ligia. A Revolução em Curso: internet, sociedade da informação e cibercultura. **Estudos em Comunicação**, vol. 2, n. 7, p. 175-193, maio 2010. Disponível em: <http://ec.ubi.pt/ec/07/vol2/capobianco.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de; FRAZÃO, Ana. O Ato de Concentração Itaú/XP e as Plataformas Digitais: dos efeitos de rede à influência relevante. In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles (org.). **Jurisprudência do CADE**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

CHOATE. **2022 Hart-Scott-Rodino Requirements**, 24 jan. 2022. Disponível em: <https://www.choate.com/insights/2022-hart-scott-rodino-requirements.html>. Acesso em: 04 jun. 2022.

CMS LAW-NOW. **Cartel Act Amendment 2017**. eAlerts. Disponível em: <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/03/cartel-act-amendment-2017>. Acesso em: 07 jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Case AT.39740** - Google Search (Shopping). Memo, 27 jun. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740. Acesso em: 05 jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Case AT.40099** - Google Android. Antitruste Procedure. Commission Decision, 18 jul. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf. Acesso em: 05 jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)**, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM:2020:842:FIN>. Acesso em: 05 jun. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração 08700.008607/2014-66**. Brasília, DF, 2014.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia**: Análise de Atos de Concentração Horizontal, jul. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Anexo ao Parecer nº 6/2017/CGAA4/SGA1/SG/Cade, de 28 de agosto de 2017. **Ato de Concentração 08700.002155/2017-51**. Brasília, DF, 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração 08700.005972/2018-42**. Brasília, DF, 2018a.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Atos de concentração nos mercados de plano de saúde, hospitais e medicina diagnóstica. **Cadernos do Cade**, jul. 2018b. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica-2018.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração 08700.004431-2017-16**. Brasília, DF, 2019a.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução nº 24, de 08 de julho de 2019**. Brasília, DF, 2019b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0634851&codigo_crc=BA0E5E88&hash_download=26a8b51d5ecdb0ed9934b5a0b876dd1f73b200478b33ecf9bfb464d2f3c0f20aa97998a27015276339fc05c8b9eaa13dcdef17ba19e2b0438e8cdbc1d304f09&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 06 jul. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade bate recorde de atos de concentração analisados. **Gov. br.**, 02 mar. 2021a. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-bate-recorde-de-atos-de-concentracao-analisados>. Acesso em: 06 jul. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de Plataformas Digitais**. Departamento de Estudos Econômicos, ago. 2021b. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Parecer nº 1/2022/CGAA4/SGA1/SG. **Ato de Concentração nº 08700.004954/2021-49**, 04 de fevereiro de 2022. Brasília, DF, 2022a.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução CADE nº 33, de 14 de abril de 2022**. Brasília, DF, 2022b. Disponível em https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/6396/1/RES_CADE_2022_33.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family Ties: the intersection between data protection and competition in EU Law. **Common Market Law Review**, vol. 54, n. 1, p. 11-50, 2017. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/68470/>. Acesso em: 11 jan. 2022.

COUTINHO, Diogo R.; GONÇALVES, Priscila Brolio. O antitruste, a regulação e as big tech. **Jota**, 21 mar. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-antitruste-a-regulacao-e-as-big-tech-21032019. Acesso em: 14 jul. 2020.

DAVILA, Tony; EPSTEIN, Marc J.; SHELTON, Robert. **As Regras da Inovação**. São Paulo: Bookman, 2007.

DEPHAMPHILIS, Donald M. **Mergers and Acquisitions Basics: negotiation and deal structuring**. Oxford: Academic Press, 2011.

DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL. **Unlocking Digital Competition: report of the Digital Competition Expert Panel**, mar. 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf. Acesso em: 08 jun. 2022.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Miranda e. Fake News: um desafio ao antitruste? **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, n. 2, 21 nov. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/411>. Acesso em: 13 ago. 2022.

DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M.; SILVA, B. F. M. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o CADE. **Jota**, 17 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?Redirectto=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-antitruste-4-0-e-o-abuso-de-posicao-o-dominante-nos-mercados-digitais-17122018>. Acesso em: 25 jul. 2020.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Big Techs e o Direito Antitruste 4.0. **Folha de São Paulo**, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>. Acesso em: 12 jun. 2022.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n. 3, p. 222-244, set./dez. 2019a. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/10429#:~:text=O%20papel%20do%20direito%20antitruste,aos%20abusos%20do%20poder%20econ%C3%B4mico>. Acesso em 13 ago. 2022.

DOMINGUES, Juliana O.; GABAN, Eduardo M. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Democracia: valores Constitucionais indissociáveis do Direito Antitruste? In: NUSDEO, Fabio; PINTO, Alexandre Evaristo (org.). **A Ordem Econômica Constitucional: estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: RT, 2019b, p. 111-130.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; KLEIN, Vinicius. Análise Econômica do Direito e Defesa da Concorrência: novos desafios. In: YEUNG, Luciana. (org.). **Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020, p. 79-108.

DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M.; KLEIN, V. Quem tem medo de Lina Khan? **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, p. 309-331, set./dez. 2021. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/13236>. Acesso em 13 ago. 2022.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; MIRANDA, Isabella Dorigheto. A Prova Econômica na Análise de Atos de Concentração em Mercados de Competição Dinâmica. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 7, n. 1, p. 40-60, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/7614>. Acesso em 13 ago. 2022.

DRUCKER, Peter F. **Innovation and Entrepreneurship: practice and principles**. 1 ed. Nova Iorque: PerfectBound, 2002.

EUROPEAN COMMISSION. **Press Release - Antitrust: Commission fines Google €2,42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service**. Bruxelas, 27 jun. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784. Acesso em: 06 abr. 2022.

EUROSTAT. **A growing population until 2020**. Disponível em <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/digpub/demography/bloc-1a.html?lang=en>. Acesso em: 03 jul. 2022.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Business. Working Paper 18783. **NBER Working Paper Series**. National Bureau of Economic Research: Chicago, 2013.

EXAME. **Banco Pan compra a Mosaico, dona de Buscapé, Bondfaro e Zoom**. Disponível em <https://exame.com/negocios/banco-pan-compra-a-mosaico-dona-de-buscape-e-zoom/>. Acesso em: 26 jun. 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Competition in Digital Technology Markets: examining acquisitions of nascent or potential competitors by digital platforms**. Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, 24 set. 2019. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/prepared-statement-federal-trade-commission-competition-digital-technology-markets-examining>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022a.

FERNANDES, Victor Oliveira. Privacy Harms in Platform Mergers: lessons from Brazil. **CPI Columns Latin America**, 24 jul. 2022. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/privacy-harms-in-platform-mergers-lessons-from-brazil/>. Acesso em 14. ago. 2022.

FOROOHAR, Rana. **Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles - and all of us**. Nova Iorque: Currency, 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

G1. **OLX conclui compra de 100% do Grupo Zap por R\$2,9 bilhões**, 03 nov. 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2020/11/03/olx-conclui-compra-do-grupo-zap-por-r-29-bilhoes.ghtml>. Acesso em: 03 jul. 2022.

GAUGHAN, Patrick A. **Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings**. 4 ed. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2007.

GEROSKI, Paul. **Market Structure, Corporate Performance and Innovative Activity**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GOV.UK. **Digital Markets Unit**, 20 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/collections/digital-markets-unit>. Acesso em: 08 jun. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HEMPHILL, C. Scott. Uncertain Harms: the case of nascent competitors. **Concurrentialiste**. Disponível em <https://leconcurrentialiste.com/scott-hemphill-uncertain-harms/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

HEMPHILL, C. Scott; WU, Tim. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, 11 jun. 2020. Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2661. Acesso em: 31 jul. 2020.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 03 jul. 2022.

ICLG. **Merger Control: USA**, 06 dez. 2021. Disponível em: <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/usa>. Acesso em: 04 jun. 2022

ISHIHARA, Júlia Namie Maia Pinto. **Concorrência e Mercados Digitais: (ir)racionalidade dos usuários e desafios à análise antitruste**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2019.

JACOBIDES, Michael G.; LIANOS, Ioannis. Ecosystems and competition law in theory and practice. **Industrial and Corporate Change**, vol. 30. N. 5, p. 1199-1229, 18 nov. 2021. Disponível em: <https://academic.oup.com/icc/advance-article/doi/10.1093/icc/dtab061/6428760?login=true>. Acesso em: 06 dez. 2021.

KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. Network Externalities, Competition, and Compatibility. **The American Economic Review**, vol. 75, n. 3., jun. 1985. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1814809>. Acesso em: 30 mar. 2022.

KATZ, Michael L. Big Tech Mergers: innovation, competition for the market, and the acquisition of emerging competitors. **Information Economics and Policy**, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3624380>. Acesso em: 03 dez. 2020.

KATZ, Michael L.; SHELANKSY, Howard A. Schumpeterian Competition and Antitrust Policy in High Tech Markets. **Competition**, vol. 14, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=925707>. Acesso em: 08 jul. 2021.

KAUPER, Thomas E. Influence of Conservative Economic Analysis on the Development of the Law of Antitrust. In: PITOFSKY, Robert (org.). **How The Chicago School Overshot the Mark: the effects of conservative economic analysis on U.S. antitrust**. Nova Iorque: 2008.

KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, vol. 126, n. 3, p. 564-907, jan. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2911742>. Acesso em: 08 jul. 2020.

KIRA, B.; SINHA, V.; SRINIVASAN, S. Regulating Digital Ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection. **Industrial and Corporate Change**, vol. 30, n. 5, p. 1337-1360, out. 2021. Disponível em: <https://academic.oup.com/icc/article/30/5/1337/6356942>. Acesso em: 13 ago. 2022.

KLEMPERER, Paul. **Network effects and switching costs**: two short essays for the new New Palgrave. Disponível em: <https://www.nuffield.ox.ac.uk/economics/papers/2006/w6/New%20Palgrave.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

KWOKA, John. **Controlling Mergers and Market Power**: a program for reviving antitrust in America. Boston: Competition Policy International, 2020.

LAURENCE, F.; SCHELLER, F.; SCOGNAMIGLIO, H. Magazine Luiza compra o site Jovem Nerd, a 17ª aquisição desde o ano passado. **O Estado de S. Paulo**, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,magazine-luiza-anuncia-aquisicao-do-site-jovem-nerd,70003680873>. Acesso em: 18 abr. 2021.

LEMONS, Thales de Melo e. **Aquisição de Concorrentes Nascentes ou *Killer Acquisitions* em Mercados Digitais**: uma análise de uma década de aquisições pelas *big techs*. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia, Políticas Públicas e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasília, 2021.

LETINA, I.; SCHMUTZLER, A.; SEIBEL, R. Killer Acquisitions and Beyond: policy effects on innovation strategies. Working Paper n° 358. Working Paper Series, **University of Zurich**, out. 2021. Disponível em: <https://www.econ.uzh.ch/static/wp/econwp358.pdf?preview=preview>. Acesso em: 13 ago. 2022.

LYRA, Marcos Puccioni de Oliveira. **Inovação e Efeitos de Fusões e Aquisições**: contribuições da teoria econômica e a prática internacional. Dissertação (Mestrado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas por Países em Desenvolvimento**: uma contribuição jurídica à análise de custo-benefício. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MARTINS, Ciro Silva. European Commission v. Google Inc.: lições sobre a responsabilidade especial do agente econômico dominante. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 6, n. 1, p. 173-197, 22 maio 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/386>. Acesso em 13 ago. 2022.

MARTINS, Fernanda Lopes. MIRANDA, Isabella Dorigheto. Acordos de Exclusividade e o Caso iFood: plataformas digitais e a pandemia de covid-19 na análise antitruste de condutas. In: ATHAYDE, A.; MURTA, G.; MAIOLINO, I.; LIRA, M. N.; ALMEIDA, P. C. (org.). **Mulheres no Antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2021, vol. 4.

META. **Nosso Modo de se Conectar Evoluiu, e Nossa Empresa Também**. Disponível em: <https://about.facebook.com/br/meta>. Acesso em: 22 jul. 2022.

MIRANDA, Isabella Dorigheto. PARAVELA, Tatyana Chiari. *Big Techs* e Impactos Democráticos: liberdade de imprensa a partir da interação entre plataformas digitais e os veículos de mídia. In: CARDOSO, F. S.; D'ANGELO, I. B. M.; MOTTA, A. C. A. (org).

Direito e Contemporaneidade: estudos, interdisciplinaridade e perspectivas. São Paulo: Pimenta Cultural, 2022, vol. 3.

MITCHELL, Matthew; SKRZYPACZ, Andrzej. Network Externalities and Long-Run Market Shares. **Economic Theory**, vol. 29, n. 3, p. 621-648, nov. 2006. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25056130>. Acesso em: 05 mar. 2022.

MONTEIRO, Luís. A Internet como Meio de Comunicação: possibilidades e limitações. In: **Anais do XXIV Congresso Brasileiro de Comunicação** - Campo Grande/MS, set. 2001. Disponível em https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57799090/Internet_como_meio_comunicacao-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1646830494&Signature=U9PR9ua4KSMxojpnK10OobuJ~AbyC35X7LXxmPX~Ca8CZEOvqDqAJAXqYFaEpQZotf5kfCDD-USXCLNsOK7WtUiDvDZ4nkZ9IHgeR8hoIfbTD8EIvtFd1UdOdhMEBfWXZ-cJJn66LeERjkgTSie0gIGbigxWqOB5uoqdImorFYMG~FbxB9bVTRmfym5txx5bliz~Ex5KDBEsvAaJLLmKpWadt4ZjHE76OEdFXkOtiVa3vQWaSQs7RvdNdGK8kPVUmCxWbplWvJ6eMrjphnF23phx1ku-PxYEuv2MjnHlzo3lWZrpLyUCtyhWev8nAK2yWwFIJV2TBPI-uYZ3-d9fg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 15 mar. 2022.

NAEGELE, Vitor Rabelo. **Aquisições de Startups por Empresas Dominantes em Mercados Digitais:** novas lacunas no controle de atos de concentração? 2021. 79 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

NICKELL, Steven. Competition and Corporate Performance. **Journal of Political Economy**, vol. 104, n. 4, ago. 1996. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2138883>. Acesso em: 12 ago. 2022.

OCDE. Merger Review in Emerging High Innovation Markets. **Policy Roundtables**. Competition Committee, 2002. Disponível em: <https://konkurrencejura.dk/afgorelser/merger-review-emerging-high-innovation-markets>. Acesso em: 13 ago. 2022.

OCDE. **Key Points of the Hearing on Disruptive Innovation**, 16/18 jun. 2015. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN8/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2015)1/ANN8/FINAL/en/pdf). Acesso em: 22 jul. 2022.

OCDE. Concept of Potential Competition. **OECD Competition Committee Discussion Paper**, 2021. Disponível em <http://oe.cd/tcpc>. Acesso em: 28 maio 2022.

OLX Brasil. **Grupo Zap e OLX somaram forças agora somos, OLX Brasil**. Disponível em: <https://portal.olx.com.br/#agora-somos-olx-brasil>. Acesso em: 03 jul. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. Deal on digital markets act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users. **Sala de Imprensa**, 24 mar. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>. Acesso em: 29 maio 2022.

PHILIPPON, Thomas. **The Great Reversal:** how America gave up on free markets. 1 ed. Cambridge: The Belknap of Harvard University Press, 2019.

QUINELATO, Pietra. **Preços Personalizados à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

REGIBEAU, Pierre; ROCKETT, Katharine E. Mergers and Innovation. **The Antitrust Bulletin**, vol. 64, p. 31-53, 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X18822576>. Acesso em: 13 ago. 2022.

REINERS, Lee. The evolving relationship between fintechs, regulators and traditional financial institutions. **Fintech law and policy**. 2018. (Curso Duke University). Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/fintechlawandpolicy>. Acesso em: 15 jul. 2020. Mídia.

RODRIGUES, Lorena. Magazine Luiza obtém vitória no CADE em queda de braço com o Mercado Livre. **O Estado de S. Paulo**, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,magazine-luiza-obtem-vitoria-no-cade-em-queda-de-braco-com-o-mercado-livre,70003681127>. Acesso em: 29 abr. 2021.

ROSSI, Luís Filipe. **Fusões e aquisições: “hostis takeovers”**. 1996. 76 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Pós-Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1996.

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na Internet**. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico? 2016. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

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

SASSAKI, Alissa. **Poder Econômico e Exploração de Dados Pessoais: uma análise sobre o Facebook**. 2019. 94 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

SCHERER, Frederic M. Conservative Economics and Antitrust: a variety of influences. In: PITOFISKY, Robert. **How The Chicago School Overshot the Mark: the effects of conservative economic analysis on U.S. antitrust**. Nova Iorque: 2008.

SCHRODER, Eduardo Cristina. Análise de Atos de Concentração no Mercado Digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Verum Gaudium**, vol. 4. n. 2, 2019. Disponível em <https://www.seer.ufrgs.br/ressevera>. Acesso em: 07 jun. 2022.

SCHUMPETER, Joseph A. **Business Cycles: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process**. Londres: McGraw-Hill Book Company, 1939.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. 6 ed. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2003.

SCHMALENSEE, Richard. Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust. In: PITOFISKY, Robert. **How The Chicago School Overshot the Mark: the effects of conservative economic analysis on U.S. antitrust**. Nova Iorque: 2008.

SERRENTINO, Alberto. O que o Magazine Luiza quer com o Jovem Nerd e outras aquisições. **O Estado de S. Paulo**, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-o-magazine-luiza-quer-com-o-jovem-nerd-e-outras-aquisicoes-leia-analise,70003681257>. Acesso em: 05 abr. 2021.

SHAPIRO, Carl. Competition and Innovation: did Arrow hit the bull's eye? In: LERNER, Josh; STERN, Scott. **The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited**. Chicago: University of Chicago Press, 2012. Disponível em <http://www.nber.org/books/lern11-1>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Breno Fraga Miranda e. **Desafios do Antitruste na Era Digital**: as concentrações econômicas no mercado de exploração de *big data*. 2019. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

SIMÕES, Thiago. **Google controla mais de 99% das buscas de compras online**. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/204469-google-controla-99-buscas-compras-online.htm>. Acesso em: 26 jun. 2022.

STELZER, Irwin M. Some Practical Thoughts About Entry. In: PITOFSKY, Robert. **How The Chicago School Overshot the Mark**: the effects of conservative economic analysis on U.S. antitrust. Nova Iorque: 2008.

STEUER, Richard N. Incipieny. **Loyola Consumer Law Review**, vol. 31, n. 2, 2019. Disponível em <https://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/clr/pdfs/31-2/6-Steuer.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022.

STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. **Stigler Committee on Digital Platforms**: final report. The University of Chicago Booth School of Business, jul. 2019. Disponível em <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report--stiglercenter.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 05 mar. 2022.

SWARTZ, Jon. Are Big Tech Acquisitions Feeding Antitrust Probes? **Market Watch**, 4 nov. 2019. Disponível em: <https://www.marketwatch.com/story/are-big-tech-acquisitions-feeding-antitrust-probes-2019-11-04>. Acesso em: 15 jan. 2022.

TEECE, David J. Economies of Scope and the Scope of the Enterprise. **Journal of Economic Behavior and Organization**. vol. 1, n. 3, set. 1980. Disponível em <https://richard-langlois.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/1617/2017/10/Teece-JEBO-1980.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2022.

TENNIS, Rachel S.; SCHWAB, Alexander Baier. Business Model Innovation and Antitrust Law. **Yale Journal on Regulation**, vol. 29, 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol29/iss2/3>. Acesso em 15 jul. 2020.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. U.S. v. Microsoft: Court's findings of fact. Court of Appeals. District of Columbia, **Civil Action nº 98-1232**, 1998. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/us-v-microsoft-courts-findings-fact>. Acesso em: 01 jun. 2022.

UNCTAD. **Digital Economy Report 2019** - Value Creation and Capture: implications for developing countries. United Nations, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controle das concentrações de empresas ("Regulamento das concentrações comunitárias"). **Jornal Oficial nº L 024**, 29 jan. 2004. p. 1-22. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0139>. Acesso em: 05 jun. 2022.

U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Recommendations**. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. United States, 2020. Disponível em https://fm.cnbc.com/applications/cnbc.com/resources/editorialfiles/2020/10/06/investigation_of_competition_in_digital_markets_majority_staff_report_and_recommendations.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

VILANOVA, Polyanna Ferreira Silva. Voto Vogal, 14 mar. 2018. In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16**. Brasília, DF, 2017.

WICHOWSKI, Alexis. **The Information Trade: how big tech conquers countries, challenges our rights, and transforms our world**. Nova Iorque: HarperOne, 2020.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: antitrust in the New Gilded Age**. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: how corporate giants came to rule the world**. Londres: Atlantic Books, 2020.

YUN, John M. Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions. **The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 18**, 11 nov. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3733716>. Acesso em: 16 jan. 2022.

ZANCHETTA, Juliana Rodrigues. A Evolução da Legislação Antitruste Brasileira: uma análise dos critérios de notificação. **Revista da PGBC**, vol. 12, n. 2, dez. 2018. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/article/view/960>. Acesso em: 09 ago. 2022.

ZHOU, Yue Maggie. Synergy, Coordination Costs, and Diversification Choices. **Strategic Management Journal**, vol. 32, n. 6, jun. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1562008>. Acesso em: 29 mar. 2022.

APÊNDICE A - Tabulação de Casos

Procedimentos Sumários: Atos de Concentração (Competição Potencial no CADE)															
Observações								Ato conside			Concent ração		Inovaçã o sob a		
Análise das	Parcial	Parcial	Não	Não	Não	Não	Sim	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Não	Não
Considerou	Não	Sim	Não	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
Levantou	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Concorência	Sim	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Considerou	Não	Sim	Não	Não	Não	Sim	Não	Sim	Não	Não	Sim	Não	Sim	Sim	Sim
Aprovação	Aprova ção sem	Aprova ção com	Aprova ção sem	Aprova ção sem	Aprova ção sem	Aprova ção sem	Aprova ção sem	Aprova ção com	Aprova ção sem	Aprova ção sem					
Mercado	Farmac êutico	Farmac êutico	Finance iro	Constru ção civil	Farmac êutico	Áereo	Farmac êutico	Finance iro	Papel	Automo bilístico	Farmac êutico	Agricult ura	Deliver y online do	Imobili ário online	
Tipo de Operação	Transfe rência	Aquisiç ão de	Joint venture	Constit uição de	Joint venture	Aquisiç ão de	Aquisiç ão de	Joint venture	Aquisiç ão de	Aquisiç ão da	Aquisiç ão de	Joint venture	Aquisiç ão de	Aquisiç ão da	Aquisiç ão da
Faturamento	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do	Acima do
Empresas	BIONO VIS,	Hypera e	Icatu e Caixa	Kinea II e Atua	Astraze neca e	HNA e Servair	Pfizer e Astraze	Itaú e Masterc	Ip e WeyCo	Localiz a e Car	Abbvie e	Raízen e	Naspers e	OLX e Zap	
Ano	2019	2020	2020	2012	2019	2016	2016	2015	2016	2017	2019	2015	2017	2020	
Nº Processo	08700.0 00180/2 019-62	08700.0 03553/2 020-91	08700.0 01334/2 020-77	081000 049431 2012-18	08700.0 06235/2 019-48	08700.0 06413/2 016-98	08700.0 06159/2 016-28	08700.0 09363/2 015-10	08700.0 06102/2 016-29	08700.0 01347/2 017-41	08700.0 04187/2 019-53	08700.0 11517/2 015-33	08700.0 07262/2 017-76	08700.0 01796/2 020-94	

Procedimentos Ordinários: Atos de Concentração (Competição Potencial no CADE)	Observações	A jurisprudência do Cade traz um	Entretanto, um mercado com	Inovação em produto -> fora				Ato declarado	Caso transfor	Impugnação ao
	Análise das Eficiências?	Parcial (DEE: não comprovadas) SG:	Sim (DEE: não compensam efeitos	Sim	Sim	Não	Não	Sim	Não	Sim
	Considerou barreiras	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Sim	Não	Sim
	Levantou rivais	Sim	Sim (rivalidade limitada)	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
	Concorrência potencial	Sim (CETIP como concorrente	Não	Sim (pelas requerentes) e,	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Sim
	Considerou inovação?	DEE: Sim (eficiências não se	Não	Sim (requerentes trouxeram como	Sim	Sim (redução	Não	Sim	Não	Não
	Conselheiros	Cristiane Alkmin Paulo Burnier	João Paulo de Resende Cristiane	Luiz Augusto Azevedo de	Gilvandro	Paulo Burnier da	João Paulo de Resende	Cristiane Alkmin	Superintendência	Paulo Burnier
	Aprovação	SG: aprovação condicionada a	SG: aprovação condicionada a ACC	SG: aprovação sem restrições da	SG: impugna	SG: aprovação	SG: aprovação sem restrições	Impugnação pela	Aprovação sem	Aprovação
	Mercado	Mercado de balcão (debêntures, CRA,	Atividade financeira de bancos múltiplos	Indústria aeroespacial	Fabricação de	Defensivos	Produtos químicos e	Educacional	Internet	Bem-estar
	Tipo de Operação	Incorporação das ações da Cetip pela	Aquisição de 100% das ações do HSBC	Aquisição de 80% ações e	Aquisição do	Fusão	Aquisição da Vale Cubatão	Aquisição de	Aquisição da	Aquisição de
	Faturamento	Acima do critério de faturamento	Acima do critério de faturamento	Acima do critério de faturamento	Acima do	Acima do critério de	Acima do critério de	Acima do critério de	Acima do	Acima do
	Empresas envolvidas	BMF&Bovespa e CETIP S.A.	Bradesco e HSBC	Boeing e Embraer	Jdeere e Monsanto	Dow Chemical	Yara International e	Estácio e Kroton	Mosaico e	Reckitt e Hyperma
	Ano	2016	2015	2019	2016	2016	2018	2016	2019	2016
Nº Processo	08700.004860/2016-11	08700.010790/2015-41	08700.003896/2019-11	08700.000723/201	08700.005937/2016-	08700.000393/2018	08700.006185/2016-	08700.002703/201	08700.003462/201	

