

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

VICTOR OLIVEIRA FERNANDES

Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação:
perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste

São Paulo - SP

2021

VICTOR OLIVEIRA FERNANDES

Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação:
perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste

Versão corrigida

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade São Paulo (FD-USP) para obtenção do
título de Doutor em Direito Comercial.

Área de concentração: Direito Comercial

Orientador: Prof. Dr. Vinicius Marques de Carvalho

São Paulo - SP

2021

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

Catálogo na publicação

Biblioteca

Faculdade de Direito

Fernandes, Victor Oliveira.

Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste / Victor Oliveira Fernandes; orientador, Vinicius Marques de Carvalho. São Paulo: FDUSP, 2021, 356 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, USP, 2021.

1. Defesa da concorrência. 2. Inovação. 3. Abuso de posição dominante. 4. Mercados digitais.

Nome: Victor Oliveira Fernandes

Título: Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.
Instituição

Julgamento

Prof. Dr.
Instituição

Julgamento

Prof. Dr.
Instituição

Julgamento

Prof. Dr.
Instituição

Julgamento

Prof. Dr.
Instituição

Julgamento

*Para Marcelo, Francimary e Ivan Neto,
com o agradecimento por uma vida de amor incondicional*

*“If I had asked people what they wanted,
they would have said faster horses”.*

Henry Ford

AGRADECIMENTOS

A realização desta pesquisa tornou-se possível graças a uma legião de familiares, amigos e mentores intelectuais que moldaram a minha formação acadêmica e pessoal. Agradeço, inicialmente, ao meu orientador, professor Vinicius Marques de Carvalho, notável combinação humana de generosidade e brilhantismo, por todo o apoio prestado durante os anos desta pesquisa. Os resultados desta tese também foram profundamente influenciados pelas valiosas sugestões apresentadas pelos professores Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Furquim, por ocasião da banca de qualificação do projeto de doutorado.

Presto também minha gratidão aos professores, de hoje e de sempre, que tanto me ensinaram sobre direito da concorrência, em especial Ana Frazão, Paulo Burnier da Silveira e Francisco Scherte. São figuras que inspiraram o crescimento deste candidato em diversos aspectos da vida profissional e acadêmica desde os seus primeiros anos de contato com o tema.

Agradeço, ainda, a amigos que ajudaram nessa caminhada com longas conversas ou simples gestos de apoio, em especial Marcela Mattiuzo, Victor Rufino, Veridiana Alimongi, Beatriz Kira, Sofia Campelo, Rafael Bertão e Breno Pires. À Laura, agradeço o incondicional apoio à realização desse sonho e o amor e o cuidado compartilhados nos momentos de angústia e aflição.

Por fim, presto meus mais profundos agradecimentos aos meus pais, Francimary e Marcelo, e ao meu irmão, Ivan, por todas as renúncias que fizeram e fazem por mim durante todos esses anos de formação. Essas renúncias, tão penosamente sentidas nas minhas ausências, foram penhoradas ao longo de uma vida sem que se esperasse em troca nada além da minha própria felicidade. Esse amor incondicional é o maior legado dessa trajetória.

A todos, meu muito obrigado.

RESUMO

Esta tese discute como argumentos relacionados à inovação devem ser enfrentados na análise de condutas unilaterais de exclusão em mercados digitais sob o direito concorrencial brasileiro. A investigação parte da seguinte pergunta de pesquisa: é possível afirmar que, em julgamentos concluídos de investigações de abuso de posição dominante em mercados digitais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aplicou adequadamente teorias de concorrência dinâmica do antitruste? Para enfrentar essa pergunta, esta tese, de forma prescritiva ou normativa, estabelece conceitos, pressupostos e conclusões teóricas acerca de como devem ser idealmente apreciadas alegações relacionadas à inovação no controle concorrencial condutas unilaterais de exclusão. Considerando as particularidades das plataformas digitais, a tese desenvolve uma metodologia arquetípica de análise de condutas unilaterais que integra (i) teorias do dano de concorrência dinâmica; (ii) metodologias de mercados relevantes e, principalmente, (iii) critérios e testes jurídicos que viabilizam a apreciação de efeitos e de eficiências relacionados à inovação. A partir dessa moldura, examinam-se três julgados selecionados do CADE, quais sejam, os casos *Google Scraping*, *Google Multi-homing* e *Google Shopping*, avaliando se e como a autoridade antitruste endereçou as preocupações relacionadas à inovação. Verificou-se que, em relação a apenas um desses julgados, é possível afirmar que o CADE desenvolveu uma análise antitruste minimamente consistente com os pressupostos das teorias de concorrência dinâmica. Além disso, diagnosticou-se que, nas decisões examinadas, o CADE utilizou terminologias do campo das teorias de concorrência dinâmica de forma atécnica, em raciocínios que, por vezes, alvitram uma imunização absoluta das condutas investigadas. Os resultados dessa pesquisa demonstram a importância de estabelecer critérios consistentes para a proteção da inovação no direito concorrencial brasileiro.

Palavras-chave: abuso de posição dominante; plataformas digitais e teorias de concorrência dinâmica

ABSTRACT

This thesis discusses how the assessment of abuse of dominances under the Brazilian Competition Law might incorporate adaptations in its methodologies in order to promote innovation in digital markets. The investigation starts from the following research question: "is it possible to state that, in concluded judgments of abuse of dominance in digital markets, the Administrative Council of Economic Defense (CADE) has applied Theories of Dynamic Competition? To face this question, this thesis, in a prescriptive or normative way, establishes concepts, premises and understandings aimed at conferring greater rationality and objectivity to the appreciation of claims related to innovation effects. This ideal antitrust framework contemplates (i) an identification of theories of harm; (ii) an incorporation of adaptations in relevant markets methodologies and, especially, (iii) an establishment of legal standards based on different regimes of presumptions of illegality and different evidentiary standards. Based on this idealized framework, the present thesis addresses the research question by examining three selected CADE decisions, namely, the so-called *Google Scraping*, *Google Multi-homing*, and *Google Shopping* cases. It concludes that, regarding only one of these judgments, it is possible to affirm that CADE developed an antitrust analysis consistent with the prescriptions of the dynamic competition theories.

Keywords: abuse of dominance; digital platforms, and dynamic competition theories.

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit wird erörtert, wie die Kontrolle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im brasilianischen Wettbewerbsrecht methodisch angepasst werden kann, um Innovationen auf digitalen Märkten zu fördern. Die Untersuchung geht von der folgenden Forschungsfrage aus: "kann Man festzustellen, dass der Verwaltungsrat für wirtschaftliche Verteidigung (CADE) bei seinen Urteilen über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf digitalen Märkten dynamische Wettbewerbstheorien des Kartellrechts angewandt hat? Um sich dieser Frage zu stellen, werden in dieser Arbeit in einer präskriptiven oder normativen Weise Konzepte, Prämissen und Verständnisse festgelegt, die darauf abzielen, der Bewertung von Vorwürfen im Zusammenhang mit Innovationen bei der Kontrolle von Verhaltensweisen mehr Rationalität und Objektivität zu verleihen. Es wird ein idealer kartellrechtlicher Rahmen entwickelt, der (i) die Identifizierung von Theorien dynamischer Wettbewerbschäden, (ii) die Einbeziehung von Vorschlägen für punktuelle Veränderungen in den Methoden der relevanten Märkte und vor allem (iii) die Festlegung rechtlicher Kriterien auf der Grundlage verschiedener Systeme von Rechtswidrigkeitsvermutungen und verschiedener Beweisstandards, die die Bewertung von Auswirkungen im Zusammenhang mit Innovationen ermöglichen können, vorsieht. Auf der Grundlage dieses idealisierten Rahmens befasst sich diese Arbeit mit der Forschungsfrage und untersucht drei ausgewählte CADE-Entscheidungen, nämlich die sogenannten *Google Scraping*-, *Google Multi-homing*- und *Google Shopping*-Fälle. In Bezug auf nur eines dieser Urteile kann festgestellt werden, dass der CADE eine kartellrechtliche Analyse entwickelt hat, die mit den Vorgaben der dynamischen Wettbewerbstheorien übereinstimmt.

Schlüsselwörter: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, digitale Plattformen und dynamische Wettbewerbstheorien.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
ESTADO DA ARTE DA LITERATURA RELACIONADA.....	4
MARCO TEÓRICO E PERGUNTA DE PESQUISA.....	7
CONTRIBUIÇÕES ORIGINAIS DA TESE.....	9
METODOLOGIA E PLANO DE TRABALHO.....	12
CAPÍTULO 1: TEORIAS DE CONCORRÊNCIA DINÂMICA NA POLÍTICA ANTITRUSTE.....	15
1. INOVAÇÃO E CONCORRÊNCIA NAS TRADIÇÕES DO PENSAMENTO ANTITRUSTE.....	16
1.1. Estruturalismo econômico.....	16
1.2. Escola de Chicago e o paradigma do consumer welfare.....	20
1.3. Vizinhança intelectual pós-Chicago.....	26
2. POLÍTICA ANTITRUSTE A PARTIR DAS LENTES DAS ESCOLAS ECONÔMICAS DE INOVAÇÃO.....	28
2.1. Escola schumpeteriana.....	28
2.2. Escola de inovações disruptivas.....	32
2.3. Escola de path dependence.....	35
3. TEORIAS DE CONCORRÊNCIA DINÂMICA DO ANTITRUSTE: UM MESMO RÓTULO, VÁRIOS CAMINHOS DISPONÍVEIS.....	38
3.1. Focos de convergências.....	39
3.1.1. Relativização do modelo de concorrência perfeita.....	39
3.1.2. Priorização das eficiências dinâmicas.....	41
3.1.3. Ressignificação do poder de mercado.....	46
3.2 Focos de divergências.....	48
3.2.1. Implicações da ausência de conclusividade sobre a relação entre estrutura de mercado e taxas de inovação.....	49
3.2.2. Mensurabilidade das eficiências dinâmicas.....	55
3.2.3. Custos de erros tipo I e tipo II.....	57
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	62
CAPÍTULO 2: PLATAFORMAS DIGITAIS: CARACTERÍSTICAS ECONÔMICAS E IMPLICAÇÕES PARA A POLÍTICA ANTITRUSTE.....	65
1. ECONOMIA DE PLATAFORMAS.....	65
1.1. Teoria econômica de plataformas de múltiplos lados.....	66
1.2 Elementos constitutivos das plataformas.....	69

1.2.1. Interações diretas entre grupos de consumidores distintos	70
1.2.2. Presença de efeitos de rede	73
1.2.3. Preponderância da lógica de intermediação sobre a lógica de verticalização.....	76
1.3. Utilidade relativa da abordagem de múltiplos lados na análise antitruste.....	78
2. PLATAFORMAS DIGITAIS	79
2.1. Conceito e delimitação	80
2.2. Papel dos dados na agregação de valor à intermediação	81
2.3. Plataformas digitais de anúncios	84
3. FONTES DE PODER DE MERCADO DIGITAL	89
3.1. Efeito feedback loop de dados.....	90
3.2. Economias de escopo e poder conglomeral.....	92
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	95
CAPÍTULO 3: ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E CONDUTAS UNILATERAIS DE EXCLUSÃO	97
1. ARQUÉTIPOS DAS EXPERIÊNCIAS DO DIREITO NORTE-AMERICANO E DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU COMO PONTOS DE REFERÊNCIA.....	98
1.1 Atos de monopolização na seção 2 do Sherman Act.....	101
1.2. Abuso de posição dominante no art. 102 do TFUE.....	104
1.3. Tratamento dos abusos de exclusão em mercados dinâmicos	110
2. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA FORMA DE CONDUTAS DE EXCLUSÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO.....	119
2.1. Fundamentação constitucional da repressão ao abuso de poder econômico	119
2.2. Elementos compositivos da noção de abuso de posição dominante.....	122
2.3. Critérios substantivos de ilicitude entre valores econômicos e não econômicos	128
3. CRITÉRIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS ÀS CONDUTAS DE EXCLUSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE130	
3.1. Juízo de poder de mercado	133
3.2. Enquadramento dos efeitos anticompetitivos concretos e potenciais e tratamento de eficiências	134
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	137
CAPÍTULO 4: DANO ANTITRUSTE SOBRE INOVAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS	139
1. PRESSUPOSTOS DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011, AOS MERCADOS DIGITAIS	140
1.1. Problemática da intervenção nas relações econômicas de preço zero	140
1.2. Dados e atenção como elementos sinalizadores do mercado antitruste	145

2. DANO ANTITRUSTE NOS MERCADOS DIGITAIS: SEPARANDO A INOVAÇÃO DOS DEMAIS FATORES DE QUALIDADE	148
2.1. Imposição unilateral de custos não monetários	149
2.2. Deterioração da qualidade como guarda-chuva dos parâmetros não relacionados a preço	154
2.2.1. Degradação da privacidade	157
2.2.2. Aumento da exposição dos usuários a anúncios publicitários	161
2.3. Prejuízos à inovação	166
3. CONCORRÊNCIA DINÂMICA EM PLATAFORMAS DIGITAIS: TEORIAS DO DANO PARA O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE	169
3.1. Especificidades da inovação digital.....	172
3.1.1. Processos de inovação baseados em dados	173
3.1.2. Durabilidade relativa do poder de mercado	177
3.1.3. Formação de ecossistemas digitais.....	180
3.2. Teorias do dano de concorrência dinâmica	181
3.2.1. Redução dos incentivos à inovação.....	182
3.2.2. Restrição das oportunidades de disrupção	185
3.2.3. Recusa de acesso a recursos-chave para inovação.....	190
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	196
CAPÍTULO 5: PODER DE MERCADO SOBRE INOVAÇÃO E DEFINIÇÕES DE MERCADOS RELEVANTES	197
1. DEFINIÇÃO DE MERCADOS RELEVANTES EM PLATAFORMAS DIGITAIS	198
1.1. Abordagens de mercado único vs. mercados múltiplos.....	199
1.2. Aferição da substitubilidade pelo lado da demanda e adaptações do TMH.....	207
2. INDICADORES ESPECÍFICOS DO PODER DE MERCADO SOBRE INOVAÇÃO	211
2.1. Investimentos em atividades de P&D.....	212
2.2. Controle de recursos escassos e detenção de capacidades inovativas	217
2.2.1. Acesso a dados	220
2.2.2. Profissionais qualificados.....	225
2.2.3. Financiamento empresarial	228
2.3. Controle posicional de gargalos competitivos.....	229
3. REDEFININDO A METODOLOGIA DE MERCADOS RELEVANTES PARA APREENSÃO DA CAPACIDADE DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DAS CONDIÇÕES DE INOVAÇÃO	231
3.1. Mercados relevantes atuais	233
3.1.1. Concorrência imperfeita pela diferenciação de produtos.....	234

3.1.2. Concorrência potencial.....	237
3.2. Mercados relevantes adjacentes.....	244
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	250
CAPÍTULO 6: CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA ANÁLISE DE CONDUTAS UNILATERAIS DE PLATAFORMAS DIGITAIS COM FOCO EM INOVAÇÃO	251
1. RECONCILIANDO A NOÇÃO DE CONCORRÊNCIA DINÂMICA COM A REPRESSÃO DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE	251
1.1. Fundamentos do controle concorrencial de condutas no contexto de valorização da inovação.....	252
1.2. Tratamento das alegações de dano anticompetitivo relacionadas à inovação	254
1.2.1. Danos à inovação como fenômenos internos ou externos aos efeitos anticompetitivos de exclusão	254
1.2.2. Restrição à inovação na apreciação de abusos de posição dominante	258
2. RECONSTRUINDO OS CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA ANÁLISE DE CONDUTAS UNILATERAIS DE EXCLUSÃO RELACIONADAS À INOVAÇÃO	260
2.1. Presunções de ilicitude para condutas de exclusão a partir da relação entre concorrência e inovação.....	262
2.2. Padrões de prova na análise de efeitos e defesas da conduta	266
3. APLICAÇÃO DA MOLDURA DE ANÁLISE ANTITRUSTE PROPOSTA ÀS CATEGORIAS SELECIONADAS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE EM PLATAFORMAS DIGITAIS	273
3.1. Apropriação de conteúdo de terceiros, free rider forçado ou scraping.....	274
3.2. Impedimentos ao uso de múltiplas plataformas	283
3.3. Inovação anticompetitiva.....	290
3.4. Autopreferência, alavancagem abusiva ou tratamento diferenciado	302
4. CONCLUSÕES DO CAPÍTULO.....	313
CONCLUSÃO	315
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	321

INTRODUÇÃO

No julgamento do caso *Google Shopping* pela Comissão Europeia em 2017, a autoridade antitruste concluiu que o *Google* abusou da sua posição dominante no mercado de buscas *online* ao priorizar a exibição dos resultados do seu serviço de comparação de preços na página do buscador. A decisão destacou que, embora setores de alta tecnologia sejam marcados por rápidos ciclos de disrupção, essa circunstância não poderia precluir a caracterização do ilícito¹. A prática do *Google* foi condenada não apenas pelo seu potencial de fechamento de mercado, mas também porque, na visão da Comissão Europeia, a estratégia comercial "reduziu os incentivos de comparadores de preços concorrentes de inovar" (tradução livre)².

À época da condenação do *Google* pela Comissão Europeia, nos Estados Unidos da América (EUA), a *Federal Trade Commission* (FTC) havia decidido que os eventuais prejuízos sofridos pelos concorrentes do *Google* no mercado de comparação de preços seriam simples consequência do processo competitivo³. Em um discurso, em 2018, que abordava as diferenças da intervenção antitruste nos dois lados do Atlântico, o então chefe do *Department of Justice* (DoJ) Makan Delrahim afirmou que o *enforcement* contra condutas unilaterais na economia digital deveria ser cautelosamente conduzido em uma análise baseada em evidências. A atuação alegadamente tímida das autoridades norte-americanas foi justificada com o seguinte argumento: "a imposição de deveres antitruste às plataformas digitais pode prejudicar a própria inovação que criou uma concorrência dinâmica em benefício do consumidor" (tradução livre)⁴.

Essas correlações entre políticas de concorrência e de inovação também têm informado o controle concorrencial de condutas no direito brasileiro. Em junho de 2019, o Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ao apreciar denúncias semelhantes ao caso *Google Shopping*, decidiu, por empate, pela inexistência de infração à ordem econômica. Na ocasião, o voto-relator asseverou que o caso examinado se inseria "em um contexto

¹ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Google Search (Shopping)*. Caso nº 39740. Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, § 267. ("In fast-growing sectors characterized by short innovation cycles, large market shares may sometimes turn out to be ephemeral and not necessarily indicative of a dominant position. However, this fact cannot preclude application of the competition rules").

² UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Google Search (Shopping)*. Caso nº 39740. Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, § 595. ("the Conduct is likely to reduce the incentives of competing comparison shopping services to innovate").

³ EUA. FTC. *Google agrees to change its business practices to resolve FTC competition concerns in the markets for devices like smart phones, games and tablets, and in online search*. 2013, pp. 1–4.

⁴ EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Assistant Attorney General Makan Delrahim delivers remarks at the College of Europe in Brussels*. 2018.

de concorrência dinâmica, não se justificando intervenções que frequentemente têm como pressuposto uma análise estática do mercado e da concorrência"⁵.

No campo do controle de condutas exclusionárias, o exame dos efeitos sobre inovação tem composto elemento importante da teoria do dano em decisões recentes da Comissão Europeia nos casos *Google AdSense*⁶ e *Google Android*⁷ e, também, nas investigações em andamento instauradas contra a *Amazon* e a *Apple*. Em estudo conduzido por especialistas encomendado pela Comissão Europeia, afirmou-se que "a promoção da inovação é um objetivo maior da política antitruste, e os efeitos sobre ela serão frequentemente mais importantes que os efeitos sobre preços na análise de estratégias empresariais" (tradução livre)⁹.

De forma ampla, diferentes jurisdições parecem buscar na lírica da inovação uma fonte de legitimidade, seja para justificar a repressão de estratégias comerciais supostamente anticompetitivas de plataformas *online*, seja para imunizá-las. Não seria um exagero afirmar que o discurso de proteção da inovação tem se tornado verdadeiro na economia digital¹⁰.

O protagonismo da inovação, no entanto, parece esconder alguns abusos de significados atribuídos a conceitos-chave de parte da literatura antitruste, tais como "concorrência dinâmica", "eficiências inovativas" ou mesmo de "inovação disruptiva". Se a aplicação do antitruste baseada no paradigma da Escola de Chicago deu azo a um verdadeiro excesso de sentidos da noção de bem-

⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). Esse argumento também foi reverberado na análise desenvolvida pelo Departamento de Estudos Econômicos, que concluiu que "a criação do *Google Shopping* se insere em um contexto de concorrência dinâmica, em que, por meio de inovações e alianças estratégicas, a Representante compete por um mercado em constante evolução." (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI nº 0546890).

⁶ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising. Press release*, mar. 2019 ("The Commission found that Google's conduct harmed competition and consumers, and stifled innovation")

⁷ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine. Press release*, jul. 2018. ("Google has used Android as a vehicle to cement the dominance of its search engine. These practices have denied rivals the chance to innovate and compete on the merits".)

⁸ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices. Press release*, nov. 2020. ("The Commission considered that such clauses could make it more difficult for other e-book platforms to compete with Amazon by reducing publishers' and competitors' ability and incentives to develop new and innovative e-books and alternative distribution services") (grifos nossos).

⁹ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H.. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 126.

¹⁰ O discurso de que a política antitruste deve tratar a proteção da inovação como um dos seus objetivos centrais é espelhado em discursos recentes de *enfocers* das autoridades antitruste estrangeiras, sobretudo no contexto europeu. Nesse sentido, destacam-se: VERSAGER, M. *Competition: the mother of invention*. 2016, p. 1–8; MUNDT, A. Sixty years and still exciting: the Bundeskartellamt in the digital era. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 6, n. 1, pp. 1–4, 2018. ("competition in innovation and quality are key factors when assessing market power, not only in the digital economy"); DE SILVA, I. Tackling the challenges raised by the digitalization of the economy: recent experiences of the French Competition Authority. *The Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 1, pp. 3–10, 2019 ("innovation and quality rather than price have become the predominant parameter of competition"); e LASSERRE, B.; MUNDT, A. Competition Law and big data: the enforcers' view. *Italian Antitrust Review*, v. 1, pp. 87–103, 2017.

estar do consumidor, a polissemia da inovação, de igual forma, revela um foco de instabilidade da teoria antitruste que demanda um esforço de consistência no âmbito acadêmico.

Afinal, no que consiste uma moldura antitruste que prioriza a proteção da inovação na repressão ao abuso de posição dominante? A questão torna-se mais sensível no direito concorrencial brasileiro, diante da atual tendência de expansão de investigações do CADE em casos de condutas unilaterais na economia digital¹¹. Essa expansão deve ser acompanhada por um processo de sofisticação e amadurecimento da racionalidade decisória, evitando imunizações amplas ou intervenções indesejadas.

Esta tese investiga busca investigar se e como o controle do abuso de posição dominante no direito concorrencial brasileiro pode incorporar adaptações nas suas metodologias a fim de preservar a inovação¹² nos mercados digitais¹³.

De forma mais específica, a pesquisa possui um objetivo duplo. A partir da análise de julgados selecionados do CADE, avaliaremos se é possível afirmar que a autoridade antitruste brasileira tem utilizado contribuições das teorias de concorrência dinâmica do antitruste para fins de aplicação do art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – Lei de Defesa da Concorrência. Além de fazer essa análise positiva ou descritiva, esta tese visa a, de forma prescritiva ou normativa, estabelecer conceitos, premissas e compreensões voltados a conferir mais racionalidade e objetividade à apreciação de alegações de prejuízos à inovação por parte do CADE em investigações de abuso de posição dominante.

Em síntese, esta tese propõe que o controle de condutas unilaterais de exclusão no direito concorrencial brasileiro pode se beneficiar de uma moldura antitruste analítica que contemple (i) o uso de metodologias alternativas de mensuração do poder de mercado sobre a inovação; (ii) a verificação da conduta a partir de teorias do dano de concorrência dinâmica; e (iii) a escolha racionalmente justificada de um regime de presunções de ilicitude e de padrões probatórios que possibilitem o tratamento dos efeitos de condutas unilaterais sobre a inovação.

¹¹ Essa tendência tem sido anunciada por oficiais da autoridade antitruste brasileira. Nesse sentido, cf. MLex. *Unilateral conduct probes to get boost in Brazil; digital economy a priority, CADE official says*. 2018. Esse movimento foi reconhecido recentemente pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em OCDE. *OECD peer reviews of competition law and policy: Brazil*. 2019. (destaca-se que: "CADE has started to prioritise abuse of dominance investigations and is devoting more resources, including dedicated staff, to both concluding pending abuse of dominance matters and launching new abuse of dominance cases").

¹² Para os fins desta tese, a expressão "inovação" será utilizada de acordo com o *Manual de Oslo da OCDE/Eurostat*, o qual define genericamente inovação como "a implementação de um produto novo ou significativamente melhorado (bem ou serviço), ou um processo, um novo método de *marketing*, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, organização do local de trabalho ou relações externas" (tradução livre) (OCDE; EUROSTAT. *Oslo Manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data: a joint publication of OECD and Eurostat*. Paris: OECD Publishing, 2005, p. 46).

¹³ Nesta pesquisa, a expressão "mercados digitais" será utilizada para se referir a mercados em que as empresas participantes ofertem, por meio da rede pública de internet, independentemente de remuneração em pecúnia, produtos e serviços de natureza intangível.

Estado da arte da literatura relacionada

A concentração de poder econômico nas mãos de grandes empresas de tecnologia como o *Google*, a *Apple*, o *Facebook* e a *Amazon* – referenciadas pelo acrônimo GAFAM – tem atraído preocupações das autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo¹⁴. Além de ter crescido a quantidade de fusões entre empresas de tecnologias¹⁵, nos últimos anos, inúmeras investigações foram abertas contra plataformas digitais, com foco na adoção de estratégias comerciais ambíguas em mercados de mecanismos de buscas *online*, desenvolvimento de aplicativos, mídias sociais e intermediação *e-commerce*, conforme referenciado acima.

A dominação das *big-techs* reavivou, nos círculos acadêmicos, o debate sobre se a moldura antitruste focada no paradigma da Escola de Chicago ainda seria adequada para lidar com o poder de mercado detido pelas plataformas. Principalmente no contexto norte-americano, vários autores têm sustentado que a política antitruste deveria retomar o seu papel histórico de combate aos monopólios, reconhecendo que a centralização do poder econômico nas mãos das grandes empresas de tecnologia coloca em risco valores democráticos¹⁶. Reverberando essas discussões acadêmicas, nos últimos anos, diversas autoridades antitruste estrangeiras¹⁷ e fóruns antitruste internacionais¹⁸ têm publicado estudos e relatórios que debatem o impacto das transformações da economia digital sobre as políticas antitruste.

Esta tese se alinha ideologicamente ao entendimento de que, mesmo nos mercados digitais, não seria necessário abandonar o paradigma de *consumer welfare* como critério substantivo¹⁹ para a

¹⁴ SMITH, E. The techlash against Amazon, Facebook, and Google — and what they can do. *The Economist*, 2018.

¹⁵ Com o crescimento da importância dos mercados digitais, o controle concorrencial de estruturas tem se sofisticado para apreender novas formas de exercício de poder de mercado por grandes empresas de tecnologia em casos como as fusões *Google/DoubleClick* (2008), *Microsoft/Yahoo! Search Business* (2010), *Facebook/WhatsApp* (2014), *Microsoft/LinkedIn* (2017) e, mais recentemente, *Apple/Shazam* (2018). Sobre esse fenômeno cf. MODRALL, J. Big data and merger control in the EU. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 9, pp. 569–578, 2018.

¹⁶ Essa perspectiva tem se tornado conhecida como o movimento neobrandeisiano. Em linhas gerais, os autores vinculados a esse movimento herdam do pensamento de Louis Brandeis a ideia de que a aprovação do *Sherman Act*, de 1890, voltava-se a proteger o país contra a excessiva concentração de poder econômico e a garantir às estruturas de mercado a distribuição de oportunidades e de prosperidade. Esses objetivos, no entanto, estariam sendo fustigados nas últimas décadas, tendo em vista que a aplicação do antitruste com fundamentos na Escola de Chicago tem resultado em mercados excessivamente oligopolizados e ineficientes. Nesse sentido, cf. WU, T. *The curse of bigness: antitrust in the new gilded age*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018. ("the classic antidote to bigness – the antitrust and other antimonopoly laws – might be recovered and updated to face the challenges of our times"); e KHAN, L. The new Brandeis movement: America's antimonopoly debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, pp. 131–132, 2018. (argumenta que "the [Chicago School] fixation on efficiency has largely blinded enforcers to many of the harms caused by undue market power").

¹⁷ Por todos, cf. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. [s.l.; s.n.] 2016; BUNDESKARTELLAMT. *Big Data und Wettbewerb*, p. 17, 2017; e EUROPEAN COMMISSION *et. al.* *Competition Policy for the digital era. European Commission Final Report*, 2019.

¹⁸ OCDE. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. 2018. p. 230; OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background Paper by the Secretariat*, p. 40, abr. 2016.

¹⁹ Por definição, a expressão "critério substantivo" será utilizada no sentido de objetivo ou valor normativo que define a ilicitude de uma infração à ordem econômica, de maneira semelhante à definição fixada em KATSOULACOS, Y. On

apreciação de atos de abuso de posição dominante. Isso significa que os objetivos a serem tutelados pela intervenção em mercados digitais coincidem com aqueles perseguidos pela política antitruste em quaisquer outros mercados, mesmo que as especificidades dos mercados digitais – em especial a natureza de preço zero – imponham algumas dificuldades metodológicas às autoridades antitruste²⁰.

Desprovida do propósito de enfrentar de forma ampla a discussão sobre os objetivos do antitruste na economia digital, esta pesquisa cinge-se a explorar as divergências acerca das relações entre concorrência e inovação no contexto do controle de condutas unilaterais de exclusão, assim entendidas como atos de abuso de posição dominante capazes de prejudicar o bem-estar social no longo-prazo por meio da exclusão ou da marginalização de concorrentes²¹.

Nessa seara específica – embora haja relativo consenso de que a política antitruste deve não apenas proteger a concorrência medida em impactos de preços, mas também privilegiar o desenvolvimento de novos produtos e serviços²² –, os trabalhos sobre o tema divergem sobre se, e como, os conceitos e as ferramentas tradicionais do antitruste devem ser operacionalizados para garantir que o processo competitivo esteja aberto à apreensão dos benefícios da inovação²³.

A perspectiva dominante na literatura parece sustentar que os mercados digitais apresentam características econômicas que naturalmente favoreceriam a abertura ao processo competitivo, de modo que a detenção de poder de mercado por plataformas digitais²⁴ seria naturalmente relativizada pelas forças da competição dinâmica pelo desenvolvimento de novos produtos²⁵.

the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, pp. 365–385, 2019.

²⁰ Nesse ponto, esta tese se alinha às conclusões acerca da suficiência do critério substantivo de *consumer welfare* estabelecidas em MELAMED, A. D.; PETIT, N. The misguided assault on the consumer welfare standard in the age of platform markets. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 741–774, 2019.

²¹ Esse conceito é tomado de NAZZINI, R. *The foundations of European Union law: the objective and principles of article 102*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011, p. 51.

²² HOVENKAMP, H. J. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. *Antitrust Law Journal*, v. 77, pp. 749–756, 2011, p. 751. ("there seems to be broad consensus that the gains to be had from innovation are larger than the gains from simple production and trading under constant technology"); e WU, T. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, pp. 313–328, 2012, p. 313 ("there is very little continuing debate among economists as to whether static or dynamic efficiency is more important over the long run").

²³ WRIGHT, J. D. Antitrust, multi-dimensional competition, and innovation: do we have an antitrust-relevant theory of competition now? In: *Regulating innovation: competition policy and patent law under uncertainty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 11. ("The interesting policy question is not whether, but how, antitrust analysis should incorporate innovation concerns into its framework").

²⁴ O conceito de plataformas digitais será definido no item 2.1 do Capítulo 2.

²⁵ NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, Forthcoming, 2018, p. 4. (destaca-se que: "the general consensus holds that power in digital markets will be rare and fleeting, and that enforcement efforts would entail a prohibitively high risk of inefficiently chilling innovation"). No mesmo sentido, estudo da OCDE reconhece a relevância da perspectiva dinâmica nas pesquisas atuais sobre concorrência na economia digital: "the dynamic and technical nature of the digital economy have led some commentators to call for regulatory restraint due to concern that excessive enforcement will inhibit the innovation that drives competition in the digital economy" (OCDE. The digital economy. *Hearings on the digital economy held at the Competition Committee sessions*, v. 1, p. 196, 2012, p. 6).

Por esse motivo, compreende-se que, para estimular e proteger a inovação, as agências antitruste deveriam evitar empreender intervenções repressivas quando não estiverem presentes os pressupostos e as evidências que tradicionalmente orientam o controle de condutas abusivas. Tal posição é, em diversos aspectos, sustentada por autores como EVANS²⁶, AUER²⁷, WRIGHT²⁸, SOKOL²⁹, COLOMO³⁰ e outros³¹.

De forma alternativa, parte minoritária da literatura tem proposto que o estímulo à inovação nos mercados digitais depende ativamente da manutenção de níveis adequados de concorrência e que, por isso, o controle de condutas deveria ser ampliado para abranger a repressão de práticas exclusionárias com possíveis efeitos sobre os estímulos à inovação. Essa vertente sustenta que práticas exclusionárias adotadas por plataformas digitais podem retardar a introdução de novos produtos e serviços em mercados atuais e futuros, mesmo quando não são detectadas pelos filtros e pelas metodologias da análise antitruste tradicional. Essa perspectiva minoritária é defendida por autores como EZRACHI³², STUCKE³³, GERADIN³⁴, BAKER³⁵, MORTON³⁶, NEWMAN³⁷ e outros³⁸.

²⁶ EVANS, D. S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies*, pp. 1–37, 2017 ("the history doesn't support the view that data acts either as a significant barrier to entry for online platforms or as an asset that protects incumbent platforms from competition"); e EVANS, D. S. Essential principles for the design of antitrust analysis for multisided platforms. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–30, out. 2018.

²⁷ AUER, D. *et. al.* Why sound law and economics should guide competition policy in the digital economy. *International Center for Law & Economics*, pp. 1–12, set. 2018, p. 11. ("the recent spate of calls for enhanced antitrust enforcement to combat large, profitable firms in allegedly concentrated markets is lacking in both theoretical and empirical support").

²⁸ MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Google and the limits of antitrust: the case against google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, pp. 171–244, 2010.

²⁹ SOKOL, D.; COMERFORD, R. E., Antitrust and regulating big data, *George Mason Law Review*, v. 23, n. 119, pp. 1129–1161, 2016, p. 1136 ("the history of the digital economy offers many examples where a simple insight into customer needs enabled entry and rapid success despite established network effects"); e SOKOL, D.; MA, J. M. Understanding online markets and antitrust analysis. *Northwestern University Law Review*, v. 15, n. 1, pp. 43–52, 2017, p. 52. ("mistaken antitrust intervention in such markets threatens innovation").

³⁰ COLOMO, P. I. A contribution to "shaping competition policy in the era of digitisation". p. 11, 2018 ("there is no support for the idea that a level playing field in which all rivals deal with a platform operator on non-discriminatory terms and conditions can be presumed to enhance firms' incentives to innovate").

³¹ DEVLIN, A. Antitrust as regulation. *San Diego Law Review*, pp. 823–878, 2013; BOURNE, R. Is this time different? Schumpeter, the tech giants, and monopoly fatalism. *Policy Analysis*, v. 872, pp. 1–34, 2019; e SPULBER, D. F. Unlocking technology: antitrust and innovation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 1, 2008.

³² EZRACHI, A. The goals of EU competition law and the digital economy. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018*, 2018, p. 11. ("the unpredictable nature of innovation calls for cautious intervention").

³³ STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, pp. 1–52, 2018, p. 304. ("Data-opolies can also hinder innovations that threaten their power or profits"); e STUCKER, M. E.; GRUNES, A. *Big data and competition policy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016.

³⁴ GERADIN, D. What should EU competition policy do to address the concerns raised by the digital platforms' market power? *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–10, 2018, p. 6. ("the risk that digital platforms engage in innovation-suppressing conduct is particularly heightened considering the large amount of information they are able to collect").

³⁵ BAKER, J. B. *The antitrust paradigm: restoring a competitive economy*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2019. p. 167. ("antitrust enforcement aimed at preventing the loss of innovation competition has largely been concerned with the exclusionary conduct of dominant firms"); e BAKER, J. B. Exclusion as a core Competition Concern. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 527–289, 2013.

³⁶ FEDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. *NBER Working Paper No. w26005*, mar. 2019, p. 3. ("the critical role of competition policy is thus to prevent today's market leaders from using their market power to disable disruptive threats").

Esta tese busca densificar esse debate sobre a adequação do controle de condutas anticompetitivas no direito brasileiro, considerando o quadro legal de abuso de posição dominante estabelecido pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 – Lei de Defesa da Concorrência, e a jurisprudência do CADE sobre a matéria. Em conformidade com o que será abordado, compreendemos que a avaliação dos riscos e das oportunidades de instrumentalização do controle de condutas de exclusão para aumentar a inovação nos mercados digitais deve perpassar um exame cuidadoso das teorias do dano de concorrência dinâmica disponíveis, dos regimes de presunção de ilicitude que podem ser adotados e, principalmente, dos padrões de prova utilizados para se demonstrar os efeitos sobre a inovação.

Marco teórico e pergunta de pesquisa

As proposições de reforma do controle de abuso de posição dominante que têm sido discutidas nos últimos anos para a economia digital incorporam, na sua metalinguagem, conceitos e premissas teóricas sobre a relação entre concorrência e inovação. A fim de avaliar adequadamente o uso desses conceitos e dessas premissas, elege-se como marco teórico desta tese um conjunto de trabalhos desenvolvidos nas duas últimas décadas, em que se discute como as contribuições das teorias econômicas de inovação impactam as políticas de defesa da concorrência e a política antitruste de um modo geral.

Esse conjunto de trabalhos é agregado nesta tese sob o rótulo de "teorias de concorrência dinâmica"³⁹. Consoante será discutido nesta tese, esse rótulo reúne vertentes heterogêneas, tanto nos seus fundamentos quanto nas suas implicações para a política antitruste. De forma comum, porém, esses trabalhos herdam da obra de SCHUMPETER⁴⁰ a compreensão de que, em mercados submetidos a intenso dinamismo tecnológico, a competição pelo desenvolvimento de novos produtos e serviços se torna mais relevante para o bem-estar social do que o próprio equilíbrio de preços no mercado verificados sob uma perspectiva estática.

Essa abordagem implica transformações profundas na perspectiva dominante da Escola de Chicago, principalmente porque, diante da importância atribuída ao aparecimento de novos

³⁷ NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, Forthcoming, 2018, p. 17. ("Even the mere presence—and certainly the activities—of an incumbent like Google or Facebook in a given market can hinder entry and stifle innovation").

³⁸ STREEL, A.; LAROUCHE, P. Disruptive innovation and competition policy enforcement. *OECD Working Paper DAF/COMP/GF(2015)7*, pp. 1–5, fev. 2015. Os autores defendem que a política de concorrência pode evoluir não apenas para proteger a inovação disruptiva, mas também para garantir que ela possa acontecer e não ser frustrada pelos agentes dominantes na economia digital.

³⁹ Os fundamentos estruturantes desse conjunto teórico serão analisados no Capítulo 1.

⁴⁰ SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, socialism, democracy*. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2003.

produtos e serviços no longo prazo, o modelo concorrencial estático de concorrência perfeita passa a se mostrar inadequado para a proteção dos ganhos sociais com a inovação⁴¹.

O marco teórico desta tese se identifica com o que chamaremos de vertente pós-Chicago das teorias de concorrência dinâmica. De acordo com a referida vertente, incorporar as preocupações com inovação na análise antitruste não necessariamente resulta em uma deslegitimação do *enforcement* antitruste deflagrado a partir de modelos estáticos de concorrência. Pois a prescrição de SCHUMPETER de que monopólios aumentam a possibilidade de inovação é, há muito, confrontada por trabalhos como os de ARROW, os quais mostram que, devido a efeitos de canibalização e aprisionamento, as empresas com elevado poder de mercado, na realidade, possuiriam menos incentivos para inovar⁴². A partir da apreensão de princípios como os da contestabilidade, da apropriabilidade e das sinergias, é possível verificar factualmente a existência de capacidade e incentivos de restringir a inovação em investigações antitruste⁴³.

Partindo desse parâmetro teórico, a tese enfrentará a seguinte pergunta de pesquisa "é possível afirmar que, em julgamentos concluídos de atos de abuso de posição dominante em mercados digitais, o CADE desenvolveu análises baseadas em teoria de concorrência dinâmica?".

O enfrentamento dessa questão é relevante para que se possa avaliar criticamente a atuação do CADE. A suposta falta ou deficiência de amparo teórico para o tratamento de aspectos relacionados à inovação nessas investigações poderia gerar riscos de intervenções ou de imunizações antitruste indesejadas nos mercados digitais.

O enfrentamento da pergunta de pesquisa lançada pressupõe a restrição do objeto de análise delimitado, o qual coincide com três investigações de abuso de posição dominante já concluídas e definitivamente julgadas pelo Tribunal do CADE⁴⁴. Trata-se, nomeadamente, dos julgados relativos aos assim chamados casos *Google Scraping*⁴⁵, *Google Multi-homing*⁴⁶ e *Google Shopping*⁴⁷.

⁴¹ Os adeptos das teorias de concorrência dinâmica compartilham da crença de que, em mercados de alta tecnologia, é mais relevante examinar a concorrência intertemporal *pelo* mercado e não a concorrência desenvolvida em momento atual no mercado. Nesse sentido cf. BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: *Antitrust, innovation and competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 85. ("*antitrust policies [to be] excessively preoccupied with static market power and competition at the expense of intertemporal considerations*"); e EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: *Innovation policy and the economy*. v. 2. Nova Iorque: MIT Press, 2005. p. 1. ("*static price/output competition on the margin in the market is less important*").

⁴² ARROW, K. J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. *Readings in Industrial Economics*, pp. 609–626, 1962.

⁴³ Vide item 3.2.1 do Capítulo 1.

⁴⁴ Essa delimitação é feita a partir de informações constantes de publicação oficial do CADE que elencou apenas três processos administrativos relativos a investigações de condutas unilaterais em mercados digitais julgados pelo Tribunal do CADE. Nesse sentido, cf. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*. Brasília, 2021.

⁴⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03.

⁴⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19.

⁴⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

Embora todos os casos estejam relacionados ao mercado de buscas *online*, as contribuições desta tese podem eventualmente ser aplicadas a outros mercados digitais.

Para que essa pergunta de pesquisa possa ser enfrentada de forma coerente, é importante definir o que seria uma moldura antitruste ideal para lidar com aspectos relacionados à inovação no controle de condutas de exclusão em mercados digitais. A fim de estabilizar devidamente esse parâmetro ideal, esta tese apresenta uma proposta original de estruturação de critérios jurídicos ou testes jurídicos⁴⁸ que devem nortear a aplicação do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência nas investigações de abuso de posição dominante em mercados digitais.

Contribuições originais da tese

Esta pesquisa propõe que a atuação do CADE pode proteger a inovação, com alguma segurança científica, aplicando pressupostos, conceitos e metodologias estabilizados nas teorias de concorrência dinâmica. Essa proposta contempla uma leitura ampliada dos mandados de repressão ao abuso de posição dominante (art. 173, § 4º, da Constituição de 1988 e art. 36, *caput*, inciso II, da Lei nº 12.529, de 2011), que objetiva reforçar a proteção da inovação como finalidade a ser tutelada no direito concorrencial brasileiro.

Compreendida essa finalidade, é possível identificar três contribuições originais desta tese. A primeira consiste em uma proposta de releitura da abordagem de concorrência dinâmica para a concorrência entre plataformas digitais, que se volta à definição daquilo que chamaremos de teorias do dano de concorrência dinâmica. Como teorias do dano, elas são suposições sobre como uma conduta de exclusão pode prejudicar a inovação em mercados digitais, suposições essas que podem ou não vir a ser demonstradas de maneira factual em investigações antitruste. Tal como será discutido, em mercados digitais, os agentes dominantes podem prejudicar a inovação por meio de condutas de exclusão que (i) restrinjam as condições de contestabilidade e apropriabilidade; (ii) obstaculizem o desenvolvimento de inovações disruptivas; ou (iii) dificultem o acesso de concorrentes a recursos estratégicos para a concorrência dinâmica.

A segunda contribuição original consiste na proposição de adaptações pontuais nas metodologias de mercado relevante, voltadas a compreender melhor o poder de mercado de plataformas digitais. Essa proposta sugere que as medições tradicionais de *market share* podem ser complementadas, para fins de verificação da posição dominante, a partir (i) da verificação dos

⁴⁸ Para os fins desta tese, "critérios" ou "testes jurídicos" serão compreendidos como o conjunto das regras de decisão que fornecem a base para a avaliação de condutas potencialmente anticoncorrenciais (tradução livre). KATSOULACOS, Y. On the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, pp. 365–385, 2019, p. 367.

níveis de investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D); (ii) da análise da detenção de capacidades inovadoras pelas plataformas; e (iii) da compreensão do poder posicional de que as empresas de internet podem gozar no âmbito de ecossistemas digitais. Considerando esses indicadores, é possível desenhar cenários de competição por inovação em mercados digitais atuais ou em mercados digitais adjacentes.

Por fim, a última contribuição original desta tese reside na proposta de definição dos critérios ou testes jurídicos para o tratamento de alegações relacionadas à inovação em investigações de condutas de exclusão. Essa terceira contribuição sustenta que o controle de abuso de posição dominante no direito brasileiro pode se beneficiar da separação didática de regimes de presunção de ilicitude e de padrões probatórios distintos que podem ser utilizados em investigações antitruste relacionadas a quatro categorias autônomas de abuso de posição dominante em mercados digitais, que ora distinguimos em (i) apropriação de conteúdo de terceiros; (ii) impedimentos ao uso de múltiplas plataformas; (iii) inovação predatória; e (iv) autopreferência. A partir dos conceitos, das premissas e das compreensões subjacentes a essas contribuições originais, será enfrentada a pergunta de pesquisa a fim de examinar se o CADE, nos julgados selecionados, analisou argumentos relacionados à inovação em consonância com as premissas, os conceitos e as metodologias da teoria de concorrência dinâmica eleita como marco teórico desta pesquisa.

A originalidade de todas as proposições fixadas acima parte, também, do reconhecimento de serem escassos os trabalhos acadêmicos que discutem as relações entre concorrência e inovação no direito concorrencial brasileiro, sobretudo quando se delimita a análise ao abuso de posição dominante em mercados digitais.

A incorporação da perspectiva de concorrência dinâmica no antitruste brasileiro já foi aprofundada entre nós na literatura econômica, principalmente nas contribuições de POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ⁴⁹. Esses trabalhos, via de regra, transpõem para a política de antitruste achados e contribuições da perspectiva neoschumpeteriana de concorrência. Na literatura jurídica, o debate sobre inovação é, usualmente, contemplado nas discussões sobre os objetivos da política antitruste no contexto pós-Chicago, o qual se verifica em trabalhos como os de SALOMÃO FILHO⁵⁰,

⁴⁹ POSSAS, M. L.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. *Revista de Direito Econômico*, v. 1, n. 22, pp. 1–31, 1996; e POSSAS, M. L. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, v. 22, n. 63, pp. 281–305, 2008.

⁵⁰ SALOMÃO FILHO, C. A paralisia do antitruste. In: *Estudos de direito econômico e economia da concorrência: em homenagem ao prof. dr. Fábio Nusdeo*. São Paulo: Malheiros, 2009; e SALOMÃO FILHO, C. Teoria crítico-estruturalista do direito comercial. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2015 (Capítulo 7). Nessas publicações, o autor defende que os objetivos das políticas de inovação devem ser alinhados aos objetivos da política de defesa da concorrência, rejeitando-se a perspectiva tradicional que indicava posições antagônicas das duas esferas.

ANDRADE⁵¹, CASTRO⁵² e CASAGRANDE⁵³. Os referidos trabalhos abordam os debates sobre concorrência e inovação no âmbito de críticas mais gerais às limitações da centralidade do paradigma de *consumer welfare* na política antitruste brasileira.

Há também diversos estudos que tratam da relação entre concorrência e inovação a partir do desvendamento das interfaces da política antitruste brasileira e da política de propriedade intelectual. Nessa linha, destacam-se, por todos, os trabalhos clássicos de CUEVA⁵⁴, SCHUARTZ⁵⁵, CARVALHO⁵⁶ e, mais recentemente, BRANCHER⁵⁷ e LILA⁵⁸. Tais estudos, usualmente, analisam os limites do antitruste na repressão ao exercício abusivo de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnológica ou de marca.

No campo de estudo de condutas unilaterais e de restrições verticais, a literatura disponível, em regra, destina-se a discutir a natureza anticompetitiva dessas práticas e as respectivas metodologias de análise empregadas pelas autoridades antitruste, conforme se observa nos consagrados estudos de PEREIRA NETO E GERADIN⁵⁹ e de FURQUIM⁶⁰. Nessas análises, porém, há pouco espaço para discussões mais aprofundadas sobre as possibilidades de integração da perspectiva de inovação no controle de condutas.

São também escassos os trabalhos que discutem a adequação das metodologias utilizadas no direito concorrencial brasileiro no contexto da economia digital. Os exíguos estudos sobre o tema

⁵¹ ANDRADE, J. M. A. de. *Economização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

⁵² CASTRO, B. B. de. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 6, n. 2, pp. 58–94, 2018.

⁵³ CASAGRANDE, P. L. Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil. 302 f. 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁵⁴ CUEVA, R. V. B. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 123, 2009.

⁵⁵ SCHUARTZ, L. F. Inovações e defesa da concorrência: em busca de uma política que minimize os custos de decisões equivocadas. In: TIM, L. B.; PARANAGUÁ, P. *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: caso da transferência de tecnologia e do software*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

⁵⁶ CARVALHO, V. M. de. O reflexo na concorrência do abuso do direito de petição nos programas de TV: sham litigation. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, pp. 327-336, set./dez. 2010.

⁵⁷ BRANCHER, P. *Direito da concorrência e propriedade intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010.

⁵⁸ LILA, P. E. de C. *Direitos de propriedade intelectual e o controle das práticas restritivas da concorrência à luz do acordo TRIPS/OMC*. 345 f. 2013. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁵⁹ NETO, C. M. da S, P.; GERADIN, D. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes*. São Paulo: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, 2013. Os autores desenvolvem um estudo comparado entre Brasil e União Europeia, diagnosticando que, a despeito da ideia geral de as restrições verticais serem analisadas com base na regra da razão, um exame mais atento da jurisprudência do CADE revela a aplicação de diferentes *standards* de prova que aproximam o tratamento dessas práticas a uma regra da razão truncada.

⁶⁰ AZEVEDO, P. F. de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. *Textos para discussão. Escola de Economia de São Paulo FGV/SP*, v. 234, n. 1, pp. 1–38, 2010. O autor faz uma revisão da experiência brasileira na análise de restrições verticais, concluindo que o CADE fixou, de forma relativamente estável, um estudo de três etapas que perpassa os exames (i) da detenção de posição dominante, (ii) da racionalidade econômica da conduta na dimensão de fechamento de mercado ou de aumento de custos de rivais e (iii) das possíveis eficiências da prática vertical.

abordam a questão de forma generalizada, sem fazer um recorte das teorias de inovação, como o trabalho de SAITO⁶¹, ou se dedicam mais especificamente aos debates sobre *big data* e suas repercussões para o controle de estruturas⁶².

Embora todos eles tragam importantes contribuições a esta pesquisa, diagnostica-se que a literatura disponível não aborda, de forma específica, a necessidade de adaptação da análise de condutas unilaterais e de restrições verticais para conceber a proteção da inovação como objetivo da política antitruste brasileira. Nesse sentido, tanto na formulação do problema de pesquisa a ser enfrentado quanto nas prescrições propositivas, a pesquisa ora conduzida reveste-se de originalidade.

Metodologia e plano de trabalho

Esta tese tem por objetivos, em síntese, (i) analisar, de forma crítica, os limites e as possibilidades de incorporação dos fundamentos das teorias de concorrência dinâmica ao direito antitruste brasileiro; (ii) explorar as particularidades econômicas dos modelos de negócios que se desenvolvem a partir da internet e as suas repercussões para a política antitruste brasileira; (iii) propor uma nova abordagem de teorias de concorrência dinâmica que contemple as particularidades do fenômeno da inovação digital; e (iv) sugerir uma moldura de análise de abuso de posição dominante capaz de apreender a proteção da concorrência dinâmica em mercados digitais específicos.

Embora esta pesquisa possa lançar luzes sobre os desafios do antitruste na economia digital de forma mais ampla, esta tese cinge-se a examinar as possibilidades de adaptação do controle de abusos de posição dominante na forma de condutas unilaterais exclusionárias adotadas por plataformas digitais nos mercados de buscas e publicidade *online*. A escolha desses mercados justifica-se pelo fato de as investigações recentes abertas e concluídas pelo CADE na economia digital relativas a abusos de exclusão terem se concretado justamente nesses setores.

Essa delimitação do objeto de pesquisa gera uma dupla restrição. De um lado, esclarece que esta investigação não pretende discutir outras possíveis práticas ilícitas no campo dos mercados digitais, tais como condutas coordenadas ou mesmo práticas exploratórias. De outro, ela também assenta que as prescrições normativas para o controle de condutas devem ser compreendidas nos

⁶¹ SAITO, L. *Antitruste e novos negócios na internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?* 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. A dissertação defende uma adaptação da metodologia de análise antitruste, por meio da análise dos fundamentos teóricos que dão suporte à sua aplicação, considerando-se as particularidades presentes nos mercados "pontocom".

⁶² Nesse sentido, cf. FIDELIS, A. L. Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis. *Revista de Defesa da Concorrência*, jun. 2017; e RAGAZZO, C. E. J.; MONTEIRO, G. *Big data e concorrência: fases de atuação do regulador antitruste americano e europeu*. [s.l.]: 2018. pp. 210–237.

limites das especificidades dos mercados digitais analisados.

Feitos esses esclarecimentos, explica-se que a estrutura desta tese é composta de duas grandes partes, divididas em seis Capítulos. Na Parte I, composta pelos Capítulos 1, 2 e 3, serão estabilizadas as premissas teóricas que respaldam uma abordagem crítica do controle concorrencial de condutas abusivas sobre a inovação nos mercados digitais. Essa parte devota-se a fazer uma revisão qualificada da literatura sobre teorias de concorrência dinâmica, plataformas digitais e abuso de posição dominante.

Na Parte II, composta pelos Capítulos 4, 5 e 6, a tese aprofundará as suas três propostas originais. No Capítulo 4, será inicialmente abordado, em uma abordagem normativa da política antitruste, como, em tese, as plataformas digitais podem violar a Lei de Defesa da Concorrência, gerando danos à concorrência em parâmetros não relacionados a preço – em especial, ao parâmetro inovação. Este Capítulo apresentará a proposta original de fixação das teorias do dano de concorrência dinâmica aplicáveis aos mercados digitais.

No Capítulo 5, será examinado como a avaliação de poder de mercado ou de posição dominante no controle de condutas no direito concorrencial brasileiro pode ser adaptada para lidar com as especificidades das plataformas digitais. O objetivo será apontar focos de oportunidade para adaptações pontuais nas metodologias de mercado relevante tradicionalmente utilizadas pelo CADE, definindo dois cenários complementares de mercados digitais atuais e mercados digitais adjacentes.

Por fim, no Capítulo 6, será apresentada a proposta de fixação de critérios jurídicos para o tratamento de alegações relacionadas à inovação em investigações de abuso de posição dominante. Essa última proposta envolve compreender diferentes regimes de presunção de ilicitude e diferentes padrões probatórios para análise de efeitos que podem ser empregados pelo CADE. As formas como os regimes de presunção de ilicitude e padrões probatórios podem ser instrumentalizados será discutida a partir da identificação de quatro modalidades autônomas de abuso de posição dominante em mercados digitais. Seguindo essa lógica, esta tese investigará se, nos três julgados selecionados, é possível ou não afirmar que o CADE aplicou adequadamente as teorias de concorrência dinâmica do antitruste.

Ao fim, serão apresentadas breves conclusões sobre as implicações e os possíveis desdobramentos da internalização de uma abordagem de concorrência dinâmica no controle de condutas em mercados digitais, nos termos aqui propostos.

CAPÍTULO 1: TEORIAS DE CONCORRÊNCIA DINÂMICA NA POLÍTICA ANTITRUSTE

Nas últimas duas décadas, ganhou destaque na literatura antitruste a discussão a respeito de os modelos econômicos baseados em uma perspectiva "estática" de concorrência perfeita ainda se mostrarem adequados para lidar com negócios que empregam novas tecnologias da informação⁶³. Apesar de haver relativo consenso de a política antitruste estar cada vez mais atenta às particularidades de mercados submetidos à intensa inovação, ainda há uma grande insegurança na apresentação de soluções para essa adaptação⁶⁴. O Capítulo 1 pretende explicar no que consistem as teorias de concorrência dinâmica e esmiuçar como tais teorias propõem uma agenda de reformulação dos fundamentos da política antitruste.

A primeira parte do Capítulo (item 1) visa a demonstrar que, no desenvolvimento histórico das teorias econômicas que tradicionalmente informam a aplicação das leis de defesa da concorrência, a inovação sempre foi, de algum modo, tangenciada como objetivo a ser perseguido. Há, no entanto, diferenças significativas sobre como a inovação é internalizada na tradição estruturalista (item 1.1), no paradigma da Escola de Chicago (item 1.2) e no movimento pós-Chicago (item 1.3).

A segunda parte do Capítulo (item 2) aborda as principais discussões sobre a inovação na teoria econômica, mostrando como elas subverteram alguns dos pressupostos do modelo neoclássico de concorrência perfeita. Como será discutido, há três correntes de teorias ou estudos econômicos sobre a inovação que exercem uma notável influência nos estudos sobre a política antitruste. Para fins didáticos e sem desconsiderar a complexidade do debate, examinaremos (i) a teoria schumpeteriana; (ii) a teoria de inovações disruptivas e (iii) os estudos de *path dependence*.

A terceira parte do Capítulo (item 3) explora, a partir da internalização dos conhecimentos econômicos sobre inovação, uma série de trabalhos acadêmicos que passou a propor adaptações na metodologia antitruste com o intuito de refletir as preocupações com o fenômeno de concorrência dinâmica. Tais estudos, agregados nesta tese sob o rótulo de teorias de concorrência dinâmica, agregam vertentes próprias e, em certa medida, contraditórias. Explorando cada uma dessas vertentes, este Capítulo elucidará as premissas e os conceitos que integram o marco teórico desta pesquisa.

⁶³ GAL, M. S.; WALLER, S. W. Antitrust in high-technology industries: a symposium introduction. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 3, pp. 449–457, 2012.

⁶⁴ MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Innovation and the limits of antitrust. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 1, p. 166, 2010.

1. Inovação e concorrência nas tradições do pensamento antitruste

As relações entre inovação e concorrência são historicamente objeto de controvérsias na ciência econômica. Para que se possa afirmar que as teorias de concorrência dinâmica propõem uma agenda autônoma de reflexões sobre essa relação, é necessário explicar o porquê de as referidas perspectivas teóricas se distanciarem das tradicionais escolas do antitruste. Afigura-se pertinente, para esta pesquisa, revolver o debate sobre inovação e concorrência a partir de uma análise das tradicionais escolas do antitruste, sobretudo em razão da influência dessas teorias na aplicação do direito concorrencial brasileiro⁶⁵.

Esta tese, no entanto, não pretende realizar um resumo do pensamento das Escolas de Harvard e de Chicago, tampouco do movimento pós-Chicago, itinerário que certamente foi realizado e esgotado por diversos trabalhos do direito concorrencial brasileiro. Nesta pesquisa, objetiva-se apenas destacar como a relação entre concorrência e inovação é enfrentada em cada uma das perspectivas que historicamente legitimam a intervenção antitruste. Trata-se, portanto, de uma revisão seletiva dos fundamentos dessas escolas, que será realizada neste Capítulo com a finalidade de distingui-las das teorias de concorrência dinâmica.

1.1. Estruturalismo econômico

Na história norte-americana, há poucas evidências que permitem sustentar a tese de que a aprovação do *Sherman Act*, em 1890, teria contemplado a promoção da inovação como um objetivo imediato a ser perseguido pela política antitruste. Os debates legislativos sobre o tema são bastante ambíguos e camuflados por ideologias e interesses de grupos políticos, de maneira que não há como derivar de uma leitura originalista do *Sherman Act* qualquer entendimento conclusivo quanto à relação entre concorrência e inovação⁶⁶. Partindo da interpretação de parte da doutrina de que a

⁶⁵ Para estudo aprofundado da influência da história do pensamento econômico e da "revolução antitruste" norte-americana no Brasil, cf. FARINA, E. M. M. Q. *Política antitruste: a experiência brasileira*. In: *Anais do XVIII Encontro Nacional de Economia*, Brasília, v. 1, pp. 455-474, 1990; MATTOS, C. (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. pp. 19-20 (a coletânea examina "uma história da introdução de uma análise econômica mais sofisticada do antitruste no Brasil"); SCHUARTZ, L. F. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, pp. 1-26, 2009. (referindo-se a uma impermeabilização do direito concorrencial brasileiro a partir da incorporação dos pressupostos da Escola de Chicago); e, mais recentemente, cf. ANDRADE, J. M. A. de. *Economização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.p 126-132; e CABRAL, M. A. M. *Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. (sustenta que a origem do debate econômico da "revolução antitruste" nos Estados Unidos influenciou as leis de defesa da concorrência no Brasil, mesmo antes da década de 1990).

⁶⁶ MCGOWAN, D. Innovation, uncertainty, and stability in antitrust law. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 16, n. 2, p. 752, 2001. ("the upshot is that neither the statutory language nor the legislative history provides courts with a clear rule of decision for evaluating innovation claims or weighing innovation as against other considerations"). No mesmo

aprovação do *Sherman Act* teria visado à defesa dos interesses de pequenos produtores⁶⁷, poder-se-ia até mesmo compreender que, ao editar a legislação, o Congresso norte-americano teria reagido contra o aumento do poder de mercado de grandes conglomerados, a despeito da sua elevada capacidade de desenvolvimento de novas tecnologias⁶⁸.

Nesse sentido, ao realizar uma revisão histórica dos grandes casos de monopolização no direito norte-americano, SCHERER destaca que, nos primeiros anos de vigência do *Sherman Act*, a capacidade de inovação de grandes grupos econômicos como a *Standard Oil* era comumente trazida como argumento de defesa pelas empresas monopolistas contra a intervenção antitruste, apesar de o judiciário usualmente não adentrar a ponderação das capacidades inovativas diante do poder de monopólio detido por tais grupos⁶⁹.

Ante a inconclusividade do debate acerca da intenção original subjacente à aprovação do *Sherman Act*, a incorporação de teorias econômicas por parte do judiciário norte-americano, a partir da década de 1950, estabeleceu, de forma mais clara, as diretrizes da relação entre concorrência e inovação que orientariam a política antitruste nos anos seguintes. Especialmente após a revolução marginalista e a crescente influência dos trabalhos dos autores vinculados à Escola de Harvard, novas possibilidades de enfrentamento dessa relação foram abertas.

Na perspectiva dos autores vinculados às clássicas teorias de organização industrial, que passaram a exercer grande influência a partir da década de 1950, como BAIN⁷⁰ E MASON⁷¹, a intervenção estatal poderia ser justificada pelo fato de as barreiras à entrada serem comumente elevadas em mercados consolidados, o que permitiria que incumbentes manipulassem tais barreiras e impusessem preços supra competitivos por um período considerável⁷². Essa pré-compreensão era

sentido, cf. FLYNN, J. J. Antitrust policy, innovation efficiencies, and the suppression of technology. *Antitrust Law Journal*, v. 66, n. 2, pp. 487–525, 1998.

⁶⁷ Para uma exposição panorâmica sobre o assunto, cf. GRANDY, C. Original intent and the Sherman Antitrust Act: a re-examination of the consumer-welfare hypothesis. *The Journal of Economic History*, pp. 359–376, 1993. A visão de que o Congresso norte-americano teria buscado exclusivamente defender a ideia de eficiência é advogada em BORK, R. H. Legislative intent and the policy of the Sherman Act. *Journal of Law and Economics*, v. 9, pp. 7–48, 1966. Mais especificamente, entre os autores que admitem a influência convergente de valores políticos, sociais e econômicos na aprovação do *Sherman Act*, há certo consenso em reconhecer que a edição da lei teve como pano de fundo o *lobby* exercido por pequenos produtores que se viam ameaçados pela formação dos grandes *trustees* em diversos setores da economia norte-americana. Nesse sentido, cf. HOVENKAMP, H. The antitrust movement and the rise of industrial organization. *Texas Law Review*, v. 68, n. 1, p. 105, 1989, p. 107.

⁶⁸ FLYNN, J. J. Antitrust policy, innovation efficiencies, and the suppression of technology. *Antitrust Law Journal*, v. 66, n. 2, p. 497, 1998.

⁶⁹ SCHERER, F. M. Technological innovation and monopolization. *Faculty Research Working Papers Series Technological: Harvard University*, p. 3, out. 2007.

⁷⁰ BAIN, J. S. *Industrial organization*. Nova Iorque: John Wiley & Sons Inc., 1959.

⁷¹ MASON, E. S. *Economic concentration and the monopoly problem*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1957.

⁷² Os autores vinculados à Escola de Harvard eram fortemente influenciados pela tese de Edward Chamberlain, de que preços supra competitivos seriam inevitáveis diante da formação de estruturas de mercados concentradas. Nesse

alimentada por uma visão cética acerca dos possíveis efeitos positivos de economias de escala e de escopo, que reforçava a rejeição a estruturas concentradas de mercado⁷³.

Partindo dessas premissas, a Escola de Harvard propôs uma agenda de pesquisa que buscava desvendar as relações entre a estrutura dos mercados e variáveis como a possibilidade de colusão, a margem de lucros e as taxas de inovação nos mercados. O desenvolvimento de estudos empíricos em diversos setores econômicos sustentou a clássica advertência de que a política antitruste deveria pressupor que a *estrutura* de competição em determinado mercado seria capaz de determinar o comportamento dos seus agentes econômicos, o que afetaria, por conseguinte, tanto o desempenho das empresas individualmente consideradas quanto da indústria em geral, consolidando o ciclo estrutura-conduta-desempenho (ECD)⁷⁴.

A tradição econômica estruturalista não era indiferente à problemática relação entre concorrência e inovação. Dentre os objetivos elencados como prioritários para a intervenção estatal – *e.g.* a realização da eficiência, do progresso e da estabilidade econômica –, os autores vinculados à Escola de Harvard entendiam que a *performance* ótima dos agentes econômicos envolveria não apenas a abolição de lucros monopolistas excessivos, também perpassaria, nas palavras de BAIN, o estímulo "ao progresso e à inovação de produtos e técnicas" (tradução livre)⁷⁵. Em especial, o autor defendia a visão econômica estruturalista de diferenciação de produtos, entendida como importante fator de competitividade dos mercados, que deveria ser estimulada pela intervenção estatal⁷⁶.

Sob a perspectiva da Escola de Harvard, no entanto, o valor atribuído à inovação estava subordinado à premissa de que a manutenção de uma estrutura de mercado descentralizada seria objetivo inafastável do antitruste. Como bem observam FOX E SULLIVAN, referindo-se à influência que essa perspectiva econômica exerceu nos primeiros anos de formação do antitruste, "a noção de que a alta concentração de mercado diminui a competição não era uma hipótese que poderia ser confirmada ou negada por evidências empíricas; era, na realidade, um consenso político refletido no direito" (tradução livre)⁷⁷.

Portanto, acreditava-se que "seria mais provável que a inovação efetiva resultasse de um sistema que promovesse a diversidade no tamanho, na forma e nas características das empresas do

sentido, cf. BAKER, J. A Preface to post-Chicago antitrust. *In: Post-Chicago developments in antitrust law*. Nova Iorque: Edward Elgar Publishing, 2002.

⁷³ BAIN, J. S. Economies of scale, concentration, and the condition of entry in twenty manufacturing industries. *The American Economic Review*, v. 44, n. 4, pp. 15–39, 1954.

⁷⁴ MASON, E. S. Price and production policies of large-scale enterprise. *The American Economic Review*, v. 29, n. 1, pp. 61–74, 1939.

⁷⁵ BAIN, J. S. *Industrial organization*. Nova Iorque: John Wiley & Sons Inc., 1959. p. 462.

⁷⁶ BAIN, J. S. *Industrial organization*. Nova Iorque: John Wiley & Sons Inc., 1959. pp. 101 e ss.

⁷⁷ FOX, E. M.; SULLIVAN, L. A. Antitrust-retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going? *In: FIRTS, H.; FOX, E. M.; PITOFISKY, R. (ed.). Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal economic and policital policy*. Nova Iorque: Quorum Books, 1991. pp. 6–7.

que de um sistema que estimulasse a homogeneidade e a concentração econômica" (tradução livre)⁷⁸.

Tal maneira de enxergar a inovação reflete o posicionamento político da Escola de Harvard. Os autores desse movimento são geralmente identificados como defensores da tese de que o antitruste deveria promover, de forma ampla, o livre exercício do poder econômico, a distribuição de riquezas e a própria justiça concorrencial. Diante da amplitude desses valores, condutas de grandes agentes econômicos que, unilateral ou coordenadamente, manipulassem o andamento da inovação ou mesmo prejudicassem a introdução de novas tecnologias no mercado poderiam ser facilmente vistas como ilícitos⁷⁹.

Desse modo, de uma interpretação apressada dos pressupostos da tradição estruturalista seria possível afirmar que as teorias econômicas que a sustentam seriam propensas à incorporação da inovação como um objetivo a ser perseguido na aplicação do *Sherman Act*, de 1890, e do *Clayton Act*, de 1914. Há aqui, porém, uma petição de princípio bastante clara: a manutenção das condições de inovação foi apreendida pelo movimento econômico estruturalista como um objetivo do antitruste somente como corolário da dispersão do poder econômico e da proteção do processo competitivo baseado em méritos.

Tal visão, embora possa legitimar o uso do antitruste para coibir condutas tendentes à supressão de novas tecnologias, se difere bastante das prescrições normativas das teorias de concorrência dinâmica, pois a visão estruturalista simplesmente ignora a longa discussão travada quanto à relação entre estrutura de mercado e inovação⁸⁰ e faz apenas uma profissão de fé da descentralização econômica, negligenciando qualquer conflito entre o modelo de concorrência perfeita e os possíveis ganhos de eficiência dinâmica no longo prazo.

Essa presunção gera inegáveis riscos, sobretudo porque não fornece um direcionamento seguro que possa guiar a atuação das autoridades antitruste na aferição de ganhos de bem-estar derivados da tentativa de proteção da inovação. A contaminação do debate entre concorrência e inovação pela perspectiva política totalizante do antitruste "pode levar as Cortes a ignorarem as evidências e a pularem direto para conclusões, colocando em risco perdas de eficiência em nome de uma presunção que consiste mais em uma proclamação política de fé do que o produto de uma

⁷⁸ FOX, E. M.; SULLIVAN, L. A. Antitrust-retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going? In: FIRTS, H.; FOX, E. M.; PITOFSKY, R. (ed.). *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal economic and policital policy*. Nova Iorque: Quorum Books, 1991. pp. 6–7.

⁷⁹ FLYNN, J. J. Antitrust policy, innovation efficiencies, and the suppression of technology. *Antitrust Law Journal*, v. 66, n. 2, p. 351, 1998 (esclarece que "for those who maintain that the antitrust laws were designed to serve and should continue to serve a broad range of political, economic, and social goals, the answer to the question of whether actions suppressing new technology should be an antitrust violation is relatively easy").

⁸⁰ Vide item 3.1 deste Capítulo.

análise econômica" (tradução livre)⁸¹.

A alegada ausência de parâmetros estáveis e racionais que possam orientar a aplicação das leis de concorrência não apenas em casos de inovação, mas, de modo geral, é um dos principais motivos do avanço da Escola de Chicago na teoria antitruste no último quartel do século passado.

1.2. Escola de Chicago e o paradigma do *consumer welfare*

As principais críticas feitas à perspectiva estática de concorrência no pensamento antitruste impugnam mais especificamente alguns dos fundamentos da Escola de Chicago. Embora se trate de um movimento intelectual bastante complexo que se ressignificou continuamente a partir da década de 1970⁸², nesta tese, referimo-nos à Escola de Chicago para designar, de forma arquetípica, um conjunto de premissas teóricas introduzidas na literatura antitruste por autores como POSNER⁸³, BORK⁸⁴ E EASTERBROOK⁸⁵, cujas prescrições exerceram grande influência no antitruste norte-americano nas quatro últimas décadas.

Historicamente, a Escola de Chicago surge como um movimento de contestação de decisões dos Tribunais norte-americanos que dialogavam com o paradigma de ECD. Os primeiros estudos desse movimento denunciavam que a influência dos pensamentos econômicos estruturalistas teria levado o judiciário a reprovar diversos comportamentos econômicos que, na realidade, poderiam gerar situações de eficiência econômica⁸⁶. Na visão de BORK⁸⁷, a prevalência de uma lógica estruturalista implicaria uma incoerência na aplicação do antitruste, uma vez que levaria à condenação de condutas empresariais tendentes a gerar efeitos econômicos positivos, aumentando a riqueza total da sociedade.

De maneira didática, é possível identificar dois pilares do pensamento da Escola de Chicago.

⁸¹ MCGOWAN, D. Innovation, uncertainty, and stability in antitrust law. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 16, n. 2, p. 769, 2001.

⁸² KOVACIC, W. E.; SHAPIRO, C. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, pp. 52–55, 2000 (descreve a Escola de Chicago como uma corrente intelectual que surge nos EUA na década de 1970 a partir dos trabalhos de Posner e Bork que veiculam contestações à aplicação das leis antitruste com base nos princípios da Escola de *Harvard*, e que perdura até o início da década de 1990).

⁸³ POSNER, R. A. The Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, pp. 925–948, 1979.

⁸⁴ BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books, 1978.

⁸⁵ EASTERBROOK, F. H. Vertical arrangements and the rule of reason. *Antitrust Law Journal*, v. 53, n. 1, pp. 135–173, 1984.

⁸⁶ JACOBS, M. S. An essay on the normative foundations of antitrust economics. *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 228, 1995. A forma como os autores da Escola de Chicago conferem peso aos estudos empíricos, porém, é cambiante ao longo das décadas. Cf. YOO, C. S. The post-Chicago antitrust revolution: a retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 2, p. 2149, 2020. ("*not all Chicago School supporters agreed: some have called for even more empiricism, while others have seen Chicago School scholars (and indeed the entire field of industrial organization) turning away from empiricism in the 1980s*").

⁸⁷ BORK, R. H.; BOWMAN, W. S. The goals of antitrust: a dialogue on policy. *Columbia Law Review*, v. 65, pp. 363–376, 1965.

O primeiro consiste em uma releitura dos objetivos do *Sherman Act*. De forma contrária às opiniões da Suprema Corte norte-americana expressas em casos como *Brown Shoe*, de 1962, e *Alcoa*, de 1945, argumentava-se que a política antitruste não poderia ser administrada de forma consistente, racional e previsível se almejasse realizar objetivos diametralmente opostos, tais como a defesa de pequenos produtores e a manutenção de condições de concorrência perfeita⁸⁸.

BORK defendia que o bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) deveria ser considerado o único objetivo possível da política antitruste⁸⁹ e, nessa chave interpretativa, a "concorrência" como valor a ser tutelado pela aplicação da lei seria identificada como "um estado de coisas em que o bem-estar do consumidor não poderia ser melhorado por uma intervenção judicial" (tradução livre)⁹⁰.

Essa delimitação operou uma verdadeira revolução na forma de enxergar a política antitruste como instrumento de intervenção pública. A partir da década de 1980, precedentes que refletiam uma postura mais interventiva de aplicação do *Sherman Act* foram paulatinamente superados, dando lugar a uma visão mais flexível, sobretudo no campo das condutas unilaterais⁹¹. A Suprema Corte norte-americana, em especial, passou a adotar uma postura mais reticente quanto ao uso de teorias de predação e, ainda, ampliou o uso da regra da razão na análise de práticas de fixação de preço máximo de revenda⁹². Tornou-se dominante na literatura a ideia de a eficiência econômica dever ser, de fato, o valor central a ser protegido pela política antitruste⁹³.

O segundo pilar da Escola de Chicago – que complementa o primeiro – consiste na eleição da teoria de preços (*price theory*) do modelo econômico neoclássico como o principal instrumento científico e metodológico que nortearia a intervenção antitruste⁹⁴, de forma a tornar essa forma de

⁸⁸ SCHMALENSEE, R. Thoughts on the Chicago legacy in U.S. antitrust. In: PITOFISKY, R. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p. 13.

⁸⁹ BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books, 1978. pp. 50-51. ("*the only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare*").

⁹⁰ BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books, 1978. p. 61.

⁹¹ KOVACIC, W. E.; SHAPIRO, C. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 53–54, 2000.

⁹² HOVENKAMP, H.; MORTON, F. S. Framing the Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, pp. 1871–1872, 2020; e CRANE, D. A. Chicago, post-Chicago, and neo-Chicago. *The University of Chicago Law Review*, v. 4, n. 4, pp. 1919–1920, 2009.

⁹³ JACOBS, M. S. An essay on the normative foundations of antitrust economics. *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 219, 1995. ("*though populist criticism of Chicago has not disappeared altogether from academic journals, the debate about the organizing values of antitrust has lost its drama*"); e YOO, C. S. The post-Chicago antitrust revolution: a retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 2, p. 2150, 2020. ("*the Chicago School scored some important victories over the Populist School in the Supreme Court, which increasingly framed antitrust law in terms of consumer welfare²³ and economic efficiency*").

⁹⁴ HOVENKAMP, H. J. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 2, p. 226, 1985 ("*orthodox Chicago School antitrust policy is predicated on [the] assumption [that] the best policy tool currently available for maximizing economic efficiency in the real world is the neoclassical price theory model*"); YOO, C. S. The post-Chicago antitrust revolution: a retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 2, p. 2153, 2020. p.

intervenção pública supostamente livre de qualquer viés político⁹⁵.

A teoria de preços⁹⁶ tradicionalmente explica como os preços relativos são determinados por meio das forças de oferta e demanda e como eles coordenam a atividade econômica em regimes de competição perfeita ou imperfeita⁹⁷. A sua incorporação pela Escola de Chicago acabou sendo refletida na adoção de um conjunto de presunções jurídicas sobre incentivos, casualidade e efeitos econômicos que revolucionou a interpretação das leis antitruste⁹⁸.

O modelo econômico neoclássico adotado como parâmetro normativo pela Escola de Chicago refletia quatro pressupostos básicos: (i) a noção de que a maioria dos mercados são competitivos, mesmo que contenham um pequeno número de *players*; (ii) o entendimento de que o monopólio, quando existente, tenderia a se autocorrigir no longo prazo; (iii) a ideia de que as barreiras à entrada são, na verdade, escassas na maioria dos mercados, exceto quando derivadas de intervenções estatais; e, por fim, (iv) a tese de que as economias de escala e de escopo são mais usuais do que se supunha no passado e poderiam tornar eficientes mercados altamente concentrados⁹⁹.

Apesar da grande influência dos textos clássicos de BORK na formação do pensamento econômico da Escola de Chicago, nos seus escritos o conceito de bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) se mostrava confuso e, em alguma medida, dissociado da própria teoria econômica antitruste aplicada¹⁰⁰. Enquanto BORK se referia ao bem-estar do consumidor em um

("the Chicago School was forthright in its preference for neoclassical price theory"); e BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books, 1978. pp. 116–117 ("*there is no body of knowledge other than conventional price theory that can serve as a guide to the effects of business behavior upon consumer welfare*").

⁹⁵ JACOBS, M. S. An essay on the normative foundations of antitrust economics. *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 230, 1995. ("*Chicago scholars claimed that linking antitrust policy to price theory would remove competition law from the political arena and set it on a scientific course*"). A despeito do seu caráter supostamente científico, a doutrina entende que a metodologia proposta pela Escola de Chicago, longe de estabelecer uma tecnocracia neutra, configura-se muito mais como um instrumento de defesa de uma agenda política não intervencionista. Nesse sentido, Eleanor Fox afirma que "*the heart of Chicago School is not its model for finding a violation. Chicago is not fighting a war against inefficiency. Chicago is fighting a war for private freedom of action*". FOX, E. M. Consumer beware Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 8, p. 1714, 1986.

⁹⁶ Conforme proposto por Weyl, a expressão "teoria de preços" pode ser utilizada para designar qualquer "análise microeconômica que tenta simplificar modelos econômicos ricos e frequentemente incompletos a partir de ilustrações de 'preços' capazes de caracterizar soluções para problemas alocativos simples" (tradução livre). É possível apontar que a teoria de preços tal qual conhecemos hoje tem origem na revolução econômica marginalista do final do século XIX e, em especial, com os trabalhos de Marshall, que buscaram estabelecer um sistema teórico de preços que integrou o conceito neoclássico de concorrência perfeita e o conceito de utilidade marginal como uma resolução de paradoxos em teorias de valor baseadas em custos apresentadas por economistas clássicos (WEYL, E. G. Price theory. *Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 2, p. 329; 343, 2019.).

⁹⁷ YOO, C. S. The post-Chicago antitrust revolution: a retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 2, p. 2153, 2020.

⁹⁸ KHAN, L. M. The end of antitrust history revisited. *Harvard Law Review*, v. 133, n. 1, pp. 1667–1668, 2018.

⁹⁹ HOVENKAMP, H. J. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 2, pp. 226–229, 1985 (destaca oito aspectos característicos do modelo econômico neoclássico da Escola de Chicago).

¹⁰⁰ ORBACH, B. Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 136, 2011. ("*antitrust scholars have known for many years that Bork was 'confused' when he used the term 'consumer*

sentido geral que englobaria todos os consumidores do sistema econômico, a análise antitruste aplicada, via de regra, se baseia na ideia de equilíbrio parcial, de maneira a se importar diretamente com os consumidores como compradores em um subconjunto da economia: o mercado relevante¹⁰¹.

A partir da incorporação do modelo de equilíbrio parcial, a perspectiva dominante da Escola de Chicago argumenta que o critério de *consumer welfare* é equiparável ao conceito microeconômico de excedente total (*total surplus*)¹⁰² – o qual equivaleria à soma do excedente do consumidor (*consumer surplus*), entendido como a diferença entre o que o consumidor paga por um bem e o que ele estaria disposto a pagar, e do excedente do produtor (*producer surplus*), correspondente à diferença entre o valor que um vendedor recebe por um bem e o custo do vendedor para fornecê-lo. De forma minoritária, autores como KIRKWOOD E LANDE¹⁰³ E SCALOP¹⁰⁴ buscam delimitar o escopo da intervenção antitruste à proteção do excedente do consumidor em sentido estrito. Tais conceitos são bem ilustrados em um gráfico bidimensional de oferta e demanda comum da teoria microeconômica, conforme disposto a seguir:

welfare"); BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. In: *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal economic and political policy*. Nova Iorque: Quorum Books, 1991. p. 96 ("efficiency and consumer welfare are not identical, but have distinct meanings, with sometimes conflicting policy implications").

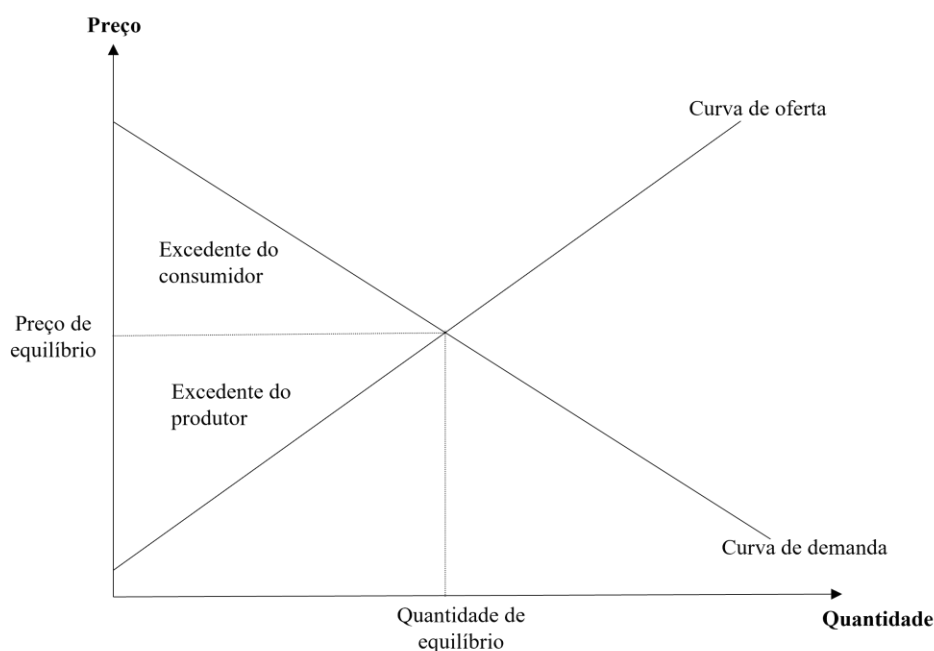
¹⁰¹ MEESE, A. J. Reframing the (false?) choice between purchaser welfare and total welfare. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, pp. 2129-2130, 2013 (argumenta-se que o modelo de equilíbrio parcial exerce uma profunda influência no debate antitruste, uma vez que tanto aqueles que elegem o critério de "bem-estar total" quanto os que adotam o critério de "bem-estar do consumidor" empregam tal modelo); e ORBACH, B. The goals of antitrust foreword: antitrust's pursuit of purpose. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, p. 2154, 2013 ("the antitrust methodology utilizes a framework of partial equilibrium that does not accommodate welfare estimates. This economic framework, however, can accommodate surplus analysis when data is available").

¹⁰² BLAIR, R. D.; SOKOL, D. Welfare standards in U.S. and E.U. antitrust enforcement. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2499, 2013; e HOVENKAMP, H. J. Is antitrust's consumer welfare principle imperiled? *The Journal of Corporation Law*, v. 45, n. 1, pp. 101-102, 2019. Ressalta-se que alguns autores como Orbach distinguem o excedente (*surplus*) do bem-estar (*welfare*), considerando que o primeiro consiste apenas na di

¹⁰³ KIRKWOOD, J. B. *et. al.* The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency. *Notre Dame Law Review*, v. 84, n. 1, pp. 191-244, 2008 (argumenta que "the ultimate goal of antitrust is not to increase the total wealth of society, but to protect consumers from behavior that deprives them of the benefits of competition").

¹⁰⁴ SALOP, S. C. Question: what is the real and proper antitrust welfare standard? Answer: the true consumer welfare standard. *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, pp. 336-353, 2011.

Figura 1 – Representação simples das curvas de oferta e demanda no modelo econômico neoclássico de concorrência perfeita



Fonte: elaboração própria.

Partindo do critério de excedente total proposto pelo *mainstream* do pensamento econômico da Escola de Chicago, compreende-se que a intervenção antitruste deveria se importar com a maximização de eficiências de KALDOR-HICKS¹⁰⁵, de forma que a intervenção seria adequada se, sempre que os ganhos totais experimentados por todos os grupos de consumidores e produtores afetados pela intervenção, fossem superiores às perdas totais correlatas. Esse modelo, portanto, superaria eventuais preocupações com resultados distributivos.

Sob a perspectiva da Escola de Chicago, a manutenção das condições necessárias à inovação não seria propriamente contemplada como um objetivo autônomo da política antitruste. Na obra de BORK, mais especificamente, entendia-se que o progresso associado ao desenvolvimento de novos produtos e serviços seria uma decorrência natural do atingimento de situações de eficiência

¹⁰⁵ Como explicado por Areeda e Hovenkamp, a eficiência de Kaldor-Hicks, também chamada de eficiência de Pareto potencial, consiste em um critério a partir do qual se considera que "uma mudança é eficiente se aqueles que ganham com ela ganham o suficiente para poder compensar totalmente todos os perdedores da mudança e ainda ficarem melhor consigo próprios: ou seja, os ganhos líquidos, medidos pela vontade de pagar, excedem as perdas líquidas" (tradução livre). AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978. p. 112. A utilização desse critério de eficiência, também conhecido como "princípio da compensação", tornou-se bastante comum na política antitruste norte-americana, sobretudo após a introdução do modelo de Williamson desenvolvido para a avaliação dos efeitos pró-competitivos de fusões. WILLIAMSON, O. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*, v. 58, n. 1, pp. 18–36, 1968.

alocativa¹⁰⁶. Nesse sentido, o autor considerava que, em condições de concorrência perfeita, as empresas enfrentariam um *trade-off* entre alocar recursos para a produção de bens e serviços existentes e, alternativamente, investir em atividades de P&D¹⁰⁷. O ritmo dos "desvios" de recursos de produção para atividades de P&D seria, porém, ditado pelo próprio mercado¹⁰⁸. Assim, embora não desconsiderasse a importância da inovação, o seu tratamento seria questão prioritária para o direito de propriedade intelectual e, apenas de forma reflexa, essa seria uma preocupação para o antitruste¹⁰⁹.

A vinculação estrita da análise antitruste aos impactos sobre preços e quantidades deve-se à essência dos conceitos da economia neoclássica que estruturam essa escola. Sendo impossível medir o progresso tecnológico com base na aptidão para pagar (*willingness to pay*) do consumidor final, a análise antitruste poderia, no máximo, proteger a inovação a partir de uma perspectiva puramente estática da concorrência perfeita¹¹⁰.

O entendimento de que a inovação seria um corolário natural do atingimento da eficiência alocativa, entendida sob uma perspectiva puramente estática, constitui o principal ponto de crítica dos trabalhos que propõem uma nova leitura da relação entre concorrência e inovação na análise antitruste, consoante será examinado no item 2 deste Capítulo.

A perspectiva de concorrência dita estática tende a subvalorizar a gravidade de condutas unilaterais exclusionárias que poderiam ter enorme impacto prejudicial à inovação. De fato, a aplicação estrita da lógica da Escola de Chicago em indústrias de alta tecnologia pode fazer com que condutas empresariais que, pelo menos em tese, poderiam retardar a introdução de novas tecnologias em mercados inexistentes – que eventualmente não afetassem diretamente preços ou quantidade de oferta –, fossem ignoradas ou até mesmo consideradas pró-competitivas¹¹¹.

Diante das críticas quanto ao seu suposto caráter estático, a Escola de Chicago buscou,

¹⁰⁶ Essa visão de Bork é exposta com clareza no seguinte trecho de sua obra: "*progress [or innovation] will occur even without special consideration by the law, but the rate will be that which consumers choose by the degree to which they make it profitable to engage in the activity of producing progress. Courts have no criteria for establishing compromise deviations from consumer welfare here either. Such deviations should come from specific legislative direction, as in the patent statutes, subsidies, or tax relief.*". BORK, R. H. The goals of antitrust policy. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 251, 1967.

¹⁰⁷ BORK, R. H. The goals of antitrust policy. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 251, 1967.

¹⁰⁸ BORK, R. H. The goals of antitrust policy. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 251, 1967.

¹⁰⁹ BORK, R. H. The goals of antitrust policy. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 251, 1967.

¹¹⁰ KERBER, W.; KERN, B. R. Assessing innovation effects in U.S. merger policy: theory, practice, recent discussions, and perspectives. *SSRN Electronic Journal*, p. 3, 2017.

¹¹¹ Essa crítica é feita por diversos autores, dentre os quais se destacam as considerações de Marcus Glader: "*As technological progress requires the use of resources and we cannot measure the willingness to pay (the price) for progress, we consequently do not know the 'proper' rate of progress.*". GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: E.U. competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 50. No mesmo sentido, Barak Orbach aponta que "*Bork underestimated the significance of law to innovation and overestimated the significance of consumer preferences.*". ORBACH, B. Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 158, 2011. p. 158.

principalmente a partir da década de 1990, incorporar elementos dinâmicos à sua metodologia. A formulação da Escola de Chicago que induzia à completa marginalização de inovação como finalidade da política antitruste foi constantemente reformada mesmo na jurisprudência norte-americana vinculada ao *mainstream* daquela escola¹¹². No entanto, a reminiscência da centralidade da noção de eficiência alocativa impede que os possíveis ganhos resultantes de atividades inovativas, no longo prazo, sejam tutelados pela política antitruste como um objetivo autônomo da sua implementação.

1.3. Vizinhança intelectual pós-Chicago

Sobretudo a partir das décadas de 1980 e 1990, a teoria econômica antitruste passou por transformações em diversas frentes com o avanço da teoria dos jogos, e, principalmente, com a emergência de trabalhos vinculados à teoria da nova organização industrial¹¹³. No contexto norte-americano, tais transformações foram acompanhadas por um crescente ressentimento político para com o papel das agências antitruste, o que convergiu no declínio dos princípios e métodos desenvolvidos pelos adeptos da Escola de Chicago¹¹⁴. Esse vasto conjunto de vertentes críticas é comumente agregado no rótulo de teorias pós-Chicago.

Sem embargos da sua inegável heterogeneidade, há aspectos convergentes nos trabalhos que integram esse movimento. De forma comum, essa "vizinhança intelectual"¹¹⁵ rejeita a abstração e a simplicidade das presunções econômicas as quais sugerem que todos os agentes de mercado são guiados exclusivamente por intenções de maximização de lucro¹¹⁶.

Os avanços conquistados pela nova organização industrial demonstram que, por vezes, as empresas tentam agir estrategicamente para modificar as estruturas de mercado, bem como para influenciar as condutas dos seus concorrentes, o que pode ter impactos genuínos na criação de

¹¹² GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: E.U. competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 50.

¹¹³ Para uma análise aprofundada sobre como os estudos da Nova Organização Industrial remodelaram a doutrina antitruste a partir dos anos 1980, cf. HOVENKAMP, H. J. The antitrust movement and the rise of industrial organization. *Texas Law Review*, v. 68, n. 1, p. 105, 1989. O autor destaca que, enquanto os autores mais antigos das teorias de organização industrial escreviam mais preocupados com problemas de *policy* da intervenção estatal nos mercados, os mais recentes tendem a ser mais técnicos e teóricos e, portanto, menos preocupados com a implementação da política antitruste em si.

¹¹⁴ ANDRIYCHUK, O. *The normative foundations of European competition law: assessing the goals of antitrust through the lens of legal philosophy*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 68.

¹¹⁵ A expressão "vizinhança intelectual" (*intellectual neighborhood*) é utilizada por Lawrence Sullivan para destacar que há uma gama de economistas, advogados e *enforcers* que se avolumam nas críticas aos fundamentos tradicionais da Escola de Chicago, sem que seja possível identificar, de forma precisa, uma harmonia entre eles. O autor ilustra esse conjunto como "a *neighborhood in transition, not a well-planned, fully wrought new tow*". SULLIVAN, L. A. Post-Chicago economics: economists, lawyers, judges, and enforcement officials in a less determinate theoretical world. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 2, p. 669, 1995.

¹¹⁶ BAKER, J. A preface to post-Chicago antitrust. In: *Post-Chicago developments in antitrust law*. Nova Iorque: Edward Elgar Publishing, 2002.

barreiras à entrada e, também, na introdução de novas tecnologias nos mercados. Na visão pós-Chicago, estudos empíricos que apontam essas tendências de forma específica em cada setor econômico passam a atrair mais considerações na análise antitruste.

A rejeição à simplicidade dos modelos econômicos neoclássicos se traduz em importantes desdobramentos para a análise antitruste. O movimento pós-Chicago discorda da conclusão de que haveria um grande consenso formado na ciência da economia industrial que poderia servir de suporte para uma política de concorrência fundada em bases científicas¹¹⁷. Do ponto de vista metodológico, propõe-se que os estudos antitruste, ao máximo possível, sejam embasados em análises indutivas e em técnicas de pesquisas empíricas, focando nos efeitos quantificáveis de condutas sobre o bem-estar dos consumidores¹¹⁸.

O movimento pós-Chicago também lança novas luzes sobre o próprio conceito de poder de mercado alinhavado na doutrina antitruste¹¹⁹. Rejeitando a vinculação do diagnóstico de situações de dominância a simples medições estáticas de preços e quantidades, autores como SULLIVAN destacam que, mesmo na ausência de poder de mercado significativo em termos de preços, a dominância de certos agentes econômicos pode restar configurada por situações não apreensíveis em termos quantitativos¹²⁰.

Isso acontece porque a realidade é permeada por imperfeições de mercado e elevados custos de transação que naturalmente impossibilitam a aplicação imediata dos dogmas neoclássicos. Essa nova forma de enxergar a definição de poder de mercado, por sua vez, gerou novas contribuições para a teoria do dano na avaliação de efeitos unilaterais no controle de estruturas, bem como na análise de riscos de fechamento de mercado¹²¹.

Esses ataques à Escola de Chicago pavimentam um novo caminho de reflexões sobre a relação estabelecida entre concorrência e inovação na política antitruste. De forma definitiva, o movimento pós-Chicago conserva a preocupação da Escola de Chicago com o atingimento de eficiências como resultados líquidos positivos mensurados em termos de excedente do consumidor; no entanto, se mostra cético quanto à premissa de autocorreção de mercados.

¹¹⁷ ANDRIYCHUK, O. *The normative foundations of European competition law: assessing the goals of antitrust through the lens of legal philosophy*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 70.

¹¹⁸ ANDRIYCHUK, O. *The normative foundations of European competition law: assessing the goals of antitrust through the lens of legal philosophy*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 70.

¹¹⁹ SULLIVAN, L. A. Post-Chicago economics: economists, lawyers, judges, and enforcement officials in a less determinate theoretical world. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 2, p. 670, 1995.

¹²⁰ SULLIVAN, L. A. Post-Chicago economics: economists, lawyers, judges, and enforcement officials in a less determinate theoretical world. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 2, p. 670, 1995.

¹²¹ HOVENKAMP, H. J. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: *Post-Chicago developments in antitrust law*. Nova Iorque: Edward Elgar Publishing, 2002. p. 20.

2. Política antitruste a partir das lentes das escolas econômicas de inovação

A emergência de uma nova agenda de reflexões sobre os objetivos da política antitruste com foco em inovação ocorre com o que esta tese rotula como teorias de concorrência dinâmica¹²². Referidas teorias, por sua vez, dialogam profundamente com os avanços das teorias econômicas de inovação desenvolvidas a partir da década de 1940.

Neste tópico, será explorado como o conhecimento econômico em torno das relações entre inovação e concorrência avançou no século passado, destacando-se três correntes de pensamento: (i) a teoria schumpeteriana (item 2.1); (ii) a teoria de inovações disruptivas (item 2.2) e (iii) a teoria de *path dependence* (item 2.3). Em conformidade com o que será debatido ao longo desta tese, os conceitos e as premissas que embasam os referidos campos teóricos ensejaram discussões profundas sobre como a política antitruste deveria ser repensada no contexto de mercados dinâmicos.

2.1. Escola schumpeteriana

As teorias econômicas sobre inovação desenvolveram-se, especialmente, a partir dos estudos de SCHUMPETER, e têm como marco a obra *CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY*, publicada originalmente em 1942¹²³. Nessa obra, SCHUMPETER formula uma teoria de concorrência que se afigura alternativa em relação ao modelo neoclássico de concorrência perfeita, a qual se propõe a conferir uma nova explicação para o funcionamento da economia capitalista como um todo¹²⁴.

Na perspectiva schumpeteriana, entende-se que o desenvolvimento do sistema capitalista é fomentado por assimetrias entre as empresas que objetivam apropriar-se de lucros extraordinários decorrentes do desenvolvimento de novos produtos, serviços e mercados em geral. A mola propulsora do processo competitivo, portanto, não é a concorrência medida pelos seus efeitos imediatos em preços, mas a corrida por benefícios de longo prazo, associados ao aparecimento de

¹²² Conforme diagnosticado por Ginsburg e Wright, a expressão "concorrência dinâmica" tem sido utilizada na doutrina antitruste em, pelo menos, dois sentidos. O primeiro diz respeito à incorporação da criação de novos produtos e novos modelos de negócios no modelo estático de concorrência. O segundo se refere, de forma mais ampla, ao relacionamento entre as atividades competitivas presentes e as condições de mercado futuras. (GINSBURG, D. H; WRIGHT, J. D. Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, p. 2, 2012). Destaca-se que, para os fins desta tese, essa expressão será utilizada no segundo sentido.

¹²³ SCHUMPETER, J. A. *Capitalization, socialism and democracy*. 6. ed. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2006.

¹²⁴ É importante ressaltar que a perspectiva schumpeteriana de inovação é demasiadamente ampla, abrangendo novos produtos e novos métodos de produção em geral. Nesse sentido, o autor destaca que "*the fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers' good, the new method of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprise creates*". SCHUMPETER, J. A. *Capitalization, socialism and democracy*. 6. ed. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2006. pp. 83-84.

novos produtos e serviços, ao desenvolvimento de novos mercados e de novas formas de organização que podem gerar diferenciação de taxas de lucro¹²⁵.

Sob essa visão, a concorrência se desenvolve em um contínuo ciclo de destruição criativa (*creative destruction*)¹²⁶. No início desse ciclo, a situação de equilíbrio de concorrência perfeita é desafiada por decisões de riscos das empresas que buscam implementar novas maneiras de ofertar bens e serviços¹²⁷. As inovações acontecem dentro das empresas, em especial a partir dos seus departamentos de P&D. Trata-se, portanto, de um modelo de inovação endógena¹²⁸.

Quando as atividades dessas empresas são bem-sucedidas, a introdução de novas tecnologias no mercado gera um estado de desequilíbrio. As empresas líderes na inovação passam a auferir lucros de monopólio e se distanciam das concorrentes. Em um segundo momento, porém, a tendência é de os demais agentes de mercado incorporarem em seu próprio modelo de negócio as práticas inovadoras criadas pelo líder, de forma que os lucros monopolistas tendem a desaparecer, e o mercado, novamente, recupera o seu equilíbrio¹²⁹.

Essa compreensão dinâmica do comportamento das firmas em concorrência é baseada em duas importantes premissas. A primeira estabelece que as inovações são altamente custosas e exigem investimentos em atividades de P&D que não são recuperáveis pelas vendas atuais das empresas. Por esse motivo, as grandes indústrias detêm maior capacidade de inovar no mercado. A segunda premissa determina que os mercados concentrados são necessariamente mais propícios à inovação do que os mercados descentralizados¹³⁰.

A grande contribuição da teoria schumpeteriana consiste em ressaltar que a concorrência ocorre por meio da criação de oportunidades de lucro derivadas da diferenciação entre agentes na economia capitalista. Rejeita-se aqui a existência de uma taxa de lucro uniforme sujeita a uma tendência pré-determinada como se pressupunha no modelo de concorrência perfeita. Destaca-se,

¹²⁵ Como ressalta o autor: "*there is or may be an element of genuine monopoly gain in those entrepreneurial profits which are the prizes offered by capitalist society to the successful innovator*". SCHUMPETER, J. A. *Capitalization, socialism and democracy*. 6. ed. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2006. p. 106.

¹²⁶ Embora a ideia de destruição criativa seja desenvolvida em profundidade no Capítulo 4 da obra *Capitalism, socialism and democracy*, ela foi inicialmente exposta em SCHUMPETER, J. A. *Business cycles: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process*. Nova Iorque: McGraw Hill, 1939. pp. 41–43. Nessa obra, o autor defende a ideia de o desenvolvimento tecnológico vir em "ondas", nas quais o advento de novas tecnologias é utilizado por empresas desafiantes para desbancar incumbentes.

¹²⁷ A concorrência schumpeteriana se baseia na assunção de riscos por parte das empresas que buscam mudar os parâmetros estabelecidos no mercado inicialmente em equilíbrio.

¹²⁸ Na perspectiva schumpeteriana, embora o conceito de inovação seja amplo, está intimamente ligado ao resultado de sistemas internos de P&D das empresas. Nesse sentido cf. SCHUMPETER, J. A. *The nature and essence of theoretical economics*. [s.l.]: Dunker & Humboldt, 1908. pp. 80 e ss.

¹²⁹ SCHUMPETER, J. A. *Capitalization, socialism and democracy*. 6. ed. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2006. p. 47.

¹³⁰ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalization, socialism and democracy*. 6. ed. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2006. p. 49.

portanto, o caráter dinâmico do sistema capitalista, decorrente da pressão constante das empresas motivadas à obtenção de lucros extraordinários.

A perspectiva schumpeteriana traz importantes implicações para a compreensão do papel do Estado na promoção da concorrência¹³¹. Sob as lentes dessa teoria, a formação de monopólios não se afigura necessariamente indesejável para a concorrência, dado que o processo competitivo se desenvolve no longo prazo, alternando estágios de equilíbrio e de monopolização. As estratégias das empresas se voltam justamente ao objetivo de obter a posição de monopólio como recompensa do processo criativo, e é esse o estímulo que move a competição.

Das compreensões sobre a natureza do processo competitivo, é possível, em síntese, ressaltar três prescrições principais que emergem desse campo teórico para as políticas econômicas em geral¹³²: (i) a intervenção estatal nos mercados deve estar atenta aos benefícios de longo prazo da concorrência dinâmica, os quais são potencializados pela inovação em sentido amplo; (ii) a detenção atual de poder de mercado ou a formação de estruturas de mercado oligopolizadas não necessariamente é lesiva ao bem-estar social quando este é compreendido em uma perspectiva dinâmica, tendo em vista que os estágios podem constituir etapas necessárias do progresso tecnológico; e (iii) as empresas que não conseguem acompanhar o desenvolvimento tecnológico não merecem ser subsidiadas pela intervenção estatal, uma vez que o processo competitivo de destruição criativa é um meio eficiente de garantir o desenvolvimento econômico nas sociedades capitalistas.

As proposições de SCHUMPETER exerceram grande influência em toda a literatura econômica dedicada à inovação. Em especial na década de 1980, a abordagem do autor passou a ser aprofundada por economistas entusiastas de modelos microeconômicos que espelhavam a perspectiva de destruição criativa de concorrência. Essa concorrente microeconômica é comumente conhecida como corrente “neoshumpeteriana” ou corrente evolucionária.

Os principais dogmas da corrente evolucionária são apresentados, por exemplo, na obra de NELSON E WINTER¹³³. Os autores compartilham das premissas schumpeterianas acerca do funcionamento da concorrência nas economias capitalistas e buscam desenvolver uma teoria

¹³¹ Para uma reflexão acessível sobre os impactos da perspectiva de concorrência dinâmica na política antitruste, cf. FAGUNDES, J. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2008. p. 85; e PAIS, S. O. *Entre inovação e concorrência: em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica, 2011. pp. 146–148.

¹³² ELLIG, J.; LIN, D. A taxonomy of dynamic competition theories. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001. pp. 20–21. No mesmo sentido, dando destaque às repercussões da teoria schumpeteriana para o antitruste, cf. AUDRETSCH, D. B.; BAUMOL, W. J.; BURKE, A. E. Competition policy in dynamic markets. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 5, pp. 613–634, 2001.

¹³³ NELSON, R. R.; WINTER, S. G. *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982.

explicativa das mudanças econômicas do capitalismo a partir de modelos de comportamento das empresas capitalistas no processo de inovação e experimentação¹³⁴. A obra recorre a uma analogia às teorias evolucionárias da biologia para explicar como funcionam as estratégias empresariais de busca de suas inovações e de sua seleção pelo mercado¹³⁵. A principal contribuição do movimento evolucionário foi aprimorar a explicação da trajetória da inovação a partir da identificação e da simulação de rotinas endógenas de pesquisa que definem os comportamentos das empresas.

Embora a perspectiva evolucionária seja de inegável relevância para o avanço da frente dinâmica das teorias de organização industrial, entende-se que tal perspectiva não apresenta implicações para as políticas de defesa da concorrência essencialmente distintas daquelas propostas pela perspectiva schumpeteriana¹³⁶. Por esse motivo, para os fins desta tese, entende-se inoportuno aprofundar o seu estudo.

A perspectiva schumpeteriana sobre inovação passou a exercer grande influência na literatura antitruste a partir da década de 1990. Ao abrir novas possibilidades de compreensão do processo competitivo para além dos modelos de equilíbrio de concorrência perfeita, a noção de destruição criativa suscita uma reorientação profunda dos principais dogmas da Escola de Chicago.

¹³⁴ NELSON, R. R.; WINTER, S. G. *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982 p. 308-329.

¹³⁵ NELSON, R. R.; WINTER, S. G. *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982. p. 9.

¹³⁶ A visão de as implicações das perspectivas schumpeterianas e evolucionárias para as políticas de defesa da concorrência serem coincidentes é corroborada em TEECE, D. J. Favoring dynamic over static competition: implications for antitrust analysis and policy. In: MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. (org.). *Competition policy and patent law under uncertainty: regulating innovation*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011. pp. 203–228 ("*An evolutionary approach underscores the importance of maintaining variety in the economic system. (...) The focus need not be a particular market – it should be broader as what is outside the market tends to be among the best candidates for Schumpeterian entry and radical innovation*").

2.2. Escola de inovações disruptivas

A terceira teoria que merece ser analisada nesta tese é a de inovações disruptivas. A rigor, o sucesso dessa teoria rendeu significativas incompreensões conceituais que, por vezes, fazem com que o fenômeno que ela descreve seja visto de forma artificialmente ubíqua¹³⁷. Essa corrente teórica se desenvolveu na década de 1990 a partir dos trabalhos iniciais de CHRISTENSEN¹³⁸. Os primeiros estudos do autor buscavam esboçar uma teorização do modelo de concorrência entre empresas de tecnologia nos EUA no final do século passado¹³⁹. Por meio da análise de setores de armazenamento de discos e processadores de computador, o autor identificou que algumas empresas consolidadas (*e.g. Apple, IBM, Xerox* etc.) falhavam em permanecer no topo quando confrontadas por certos tipos de mudanças tecnológicas e econômicas¹⁴⁰.

De acordo com a teorização proposta, identificou-se que os fracassos dessas empresas consolidadas não resultavam propriamente de um mau desempenho na gestão das empresas, mas de decisões equivocadas de seus gestores sobre como lidar com evoluções tecnológicas em determinada rede de valor (*value network*), assim entendida como "o contexto no qual uma empresa identifica e responde às necessidades dos clientes" (tradução livre)¹⁴¹.

Em trabalhos posteriores, CHRISTENSEN identificou que essas empresas líderes priorizavam soluções tecnológicas menos custosas que as permitiam atender os seus melhores clientes atuais, com margens de lucros mais altas. Chamadas de "inovações sustentáveis", elas melhoravam a *performance* de produtos estabelecidos ao longo das dimensões de desempenho que os principais consumidores historicamente valorizavam¹⁴².

Ao priorizar esse tipo de inovação, no entanto, os incumbentes serviam os clientes com produtos mais caros e tecnologicamente superiores em relação aos que os próprios consumidores

¹³⁷ MARKIDES, C. Disruptive innovation: in need of better theory. *The Journal of Product Innovation Management*, v. 23, p. 19, 2006; e GANS, J. *The disruption dilemma*. Londres: The MIT Press, 2016. p. 9.

¹³⁸ BOWER, J. L.; CHRISTENSEN, C. M. Disruptive technologies: catching the wave. *Harvard Business Review*, v. 73, n. 1, p. 43, 1995.

¹³⁹ Em artigo de 1995, Clayton Christensen e Joseph Bower examinaram a indústria de armazenamento de discos com intuito de explicar porque as empresas líderes desse mercado não conseguiram manter sua incumbência e acabaram sendo substituídas por novos entrantes que, a princípio, não seriam capazes de atender às preferências dos consumidores. Nesse sentido, cf. BOWER, J. L.; CHRISTENSEN, C. M. Disruptive technologies: catching the wave. *Harvard Business Review*, v. 73, n. 1, p. 43, 1995. Acerca da evolução acadêmica da teoria de inovação disruptiva de uma teoria de contingência descritiva para uma teoria normativa mais ampla, cf. CHRISTENSEN, C. M. The ongoing process of building a theory of disruption. *The Journal of Product Innovation Management*, v. 23, n. 2004, p. 39–55, 2006.

¹⁴⁰ BOWER, J. L.; CHRISTENSEN, C. M. Disruptive technologies: catching the wave. *Harvard Business Review*, v. 73, n. 1, p. 43, 1995.

¹⁴¹ CHRISTENSEN, C. M. *The innovator's dilemma: when technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 1997. p. 32.

¹⁴² CHRISTENSEN, C. M. *The innovator's dilemma: when technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 1997. p. xv.

demandavam em uma trajetória histórica¹⁴³. Como resultado, formavam-se na base desses mercados espécies de "franjas" de consumidores que não estavam dispostos a pagar pelos produtos tecnologicamente superiores fornecidos pelas incumbentes ou que, mesmo adquirindo esses produtos, entendiam que eles não valiam tanto¹⁴⁴.

As inovações disruptivas, por sua vez, acontecem justamente quando novas empresas lançam produtos que endereçam às necessidades desses consumidores na margem ou na "franja" inferior dos mercados. Os novos produtos ofertados pelos entrantes, em regra, envolvem implementações tecnológicas pouco convencionais e, em certa medida, incertas¹⁴⁵. Essas implementações são chamadas de tecnologias – ou inovações – disruptivas¹⁴⁶ e se afiguram paradigmáticas porque, embora tenham um desempenho inferior ao dos produtos estabelecidos nos mercados estabelecidos, são mais baratas, mais simples e, frequentemente, mais convenientes de serem utilizadas¹⁴⁷.

Figura 2 – Processo de inovação disruptiva de Christensen

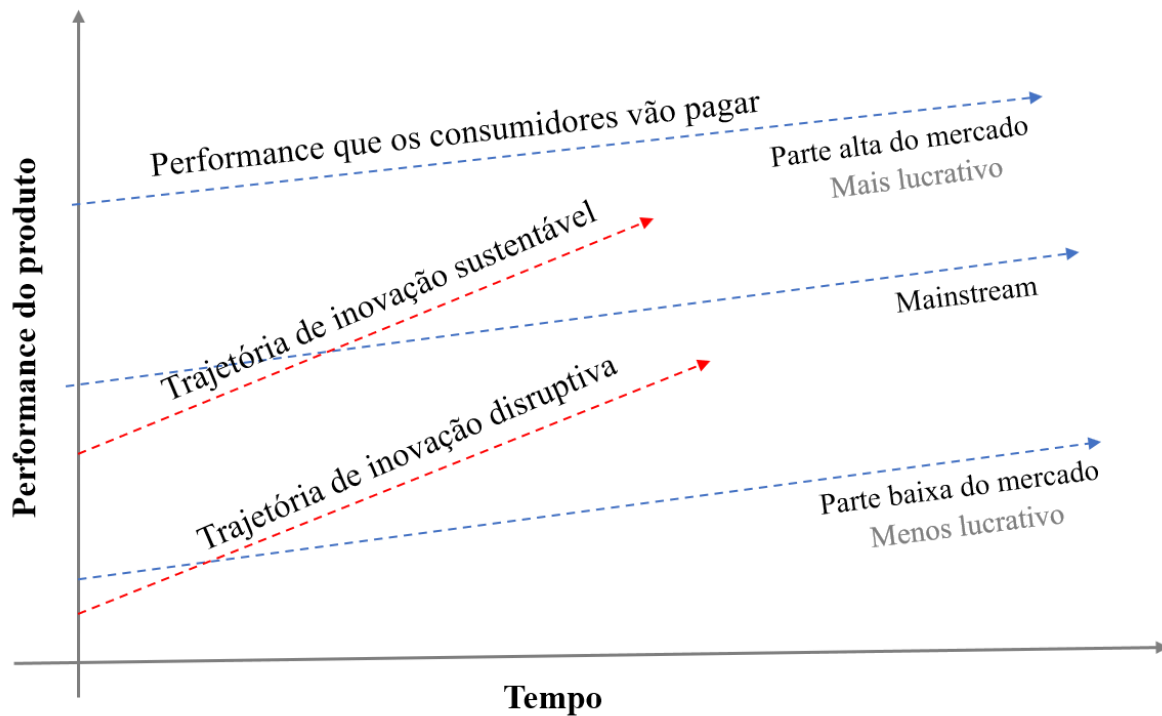
¹⁴³ CHRISTENSEN, C. M.; RAYNOR, M.; McDONALD, R. What is disruptive innovation? *Harvard Business Review*, p. 4, dez. 2015.

¹⁴⁴ CHRISTENSEN, C. M. *et. al.* Disruptive innovation: an intellectual history and directions for future research. *Journal of Management Studies*, v. 55, p. 1047, nov. 2018.

¹⁴⁵ GANS, J. *The disruption dilemma*. Londres: The MIT Press, 2016. p. 10; e CHRISTENSEN, C. M. *The innovator's dilemma: when technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 1997. pp. 45-46.

¹⁴⁶ Esclarece-se que, embora em seus estudos iniciais Christensen se referisse às disruptões como mudanças tecnológicas, a teoria foi posteriormente expandida para inovações em termos mais amplos. Trabalhos como os de Markides, por exemplo, dissecam a expressão em três subcategorias: (i) disruptões tecnológicas, (ii) disruptões baseadas em novos modelos de negócios e (iii) disruptões de produtos de novo mundo. MARKIDES, C. Disruptive innovation: in need of better theory. *The Journal of Product Innovation Management*, v. 23, pp. 19–25, 2006.

¹⁴⁷ MARKIDES, C. Disruptive innovation: in need of better theory. *The Journal of Product Innovation Management*, v. 23, pp. 196–197, 2006.



Fonte: CHRISTENSEN, C. M.; RAYNOR, M.; McDONALD, R. What is disruptive innovation? *Harvard Business Review*, p. 6, dez. 2015 (tradução livre).

Uma compreensão cuidadosa dessas lições teóricas, assim, complexifica o exame da concorrência dinâmica. Em primeiro lugar, elucidaremos que as disrupções descrevem processos de alocação de recursos que se projetam no tempo, assim é inadequado afirmar que determinado produto ou serviço é, em si, disruptivo. A disrupção, a rigor, reside nas escolhas estratégicas de introdução da inovação no mercado e não nos atributos técnicos do produto¹⁴⁸.

Em segundo lugar, é importante considerar que, nesse processo, a inovação disruptiva não representa inicialmente uma ameaça aos incumbentes, pois as disrupções se originam de segmentos de baixo nível de consumo (*low-end costumers*) ou miram em novos mercados a partir da oferta de produtos que, sob a perspectiva das preferências históricas do mercado, seriam de baixa qualidade¹⁴⁹.

Esses segmentos servem como verdadeiros "pés-apoio" para que o novo entrante possa, em um primeiro momento, focar na "franja" e, somente após atingir algum nível de qualidade competitivo, atacar grupos de consumidores convencionais dos incumbentes¹⁵⁰. Tal delimitação

¹⁴⁸ CHRISTENSEN, C. M. *et. al.* Disruptive innovation: an intellectual history and directions for future research. *Journal of Management Studies*, v. 55, p. 1050, nov. 2018.

¹⁴⁹ GANS, J. *The disruption dilemma*. Londres: The MIT Press, 2016. p. 21.

¹⁵⁰ CHRISTENSEN, C. M.; RAYNOR, M.; McDONALD, R. What is disruptive innovation? *Harvard Business Review*, p. 6, dez. 2015. Esse processo geralmente envolve um amadurecimento da tecnologia empregada, até que ela possa

teórica exclui do conceito de disrupção novos modelos de negócios que, mesmo empregando melhores soluções tecnológicas, concorrem frente a frente desde a sua introdução com os incumbentes¹⁵¹.

Em consonância com o que será discutido ao longo desta tese, a compreensão dos trabalhos de CHRISTENSEN revela-se bastante importante para os estudos sobre economia digital. A literatura antitruste recente sobre plataformas digitais, aliás, tem ecoado, de forma praticamente unânime, a ideia de que posições dominantes seriam constantemente desafiadas por riscos permanentes de disrupção¹⁵². Os vínculos entre a teoria de inovações disruptivas e os estudos sobre a competição entre plataformas digitais, todavia, parecem ter sido explorados de forma relativamente superficial¹⁵³.

2.3. Escola de *path dependence*

A segunda corrente de teorias econômicas de inovação apresentada nesta tese se insere no campo da nova organização industrial, a partir dos trabalhos clássicos de KATZ, SHAPIRO¹⁵⁴ E ARTHUR¹⁵⁵. Não obstante haja divergências quanto à inserção dessas teorias na classificação das teorias dinâmicas, elas são centrais nas discussões sobre concorrência e inovação, principalmente em mercados que se organizam a partir de redes físicas ou virtuais.

As teorias de *path dependence* partem do diagnóstico de, nesses mercados, a pressão competitiva exercida por substitutivos próximos não ser capaz de disciplinar aumentos regulares de preços. Tal fenômeno ocorre porque a utilidade marginal do bem cresce em função do aumento da sua procura por outros consumidores, tendência que se deve ao que KATZ E SHAPIRO chamam de efeitos diretos de rede (*network effects*)¹⁵⁶. Situação semelhante é constatada por BRIAN ARTHUR, ao

satisfazer as exigências dos consumidores convencionais. A esse respeito, cf. DANNEELS, E. Disruptive technology reconsidered: a critique and research agenda. *The Journal of Product Innovation Management*, v. 21, n. 1, p. 247, 2004 ("as R&D investments are made and the technology matures, the performance supplied by the disruptive technology improves to the point where it also can satisfy the requirements of the mainstream market").

¹⁵¹ CHRISTENSEN, C. M.; RAYNOR, M.; McDONALD, R. What is disruptive innovation? *Harvard Business Review*, p. 6, dez. 2015. Os autores refutam, por exemplo, que o *Uber* possa ser considerado uma inovação disruptiva, haja vista que o aplicativo iniciou seus serviços atacando os consumidores que tradicionalmente utilizavam o táxi e não um grupo de *low-end costumers*.

¹⁵² Por todos, cf. HAUCAP, J. Competition and competition policy in a data-driven economy. *Intereconomics*, v. 54, n. 4, p. 201, 2019.

¹⁵³ Essa constatação é reproduzida também em ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. THINK TANK INTERNET. *Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*. Bonn: BKartA, 2016. pp. 82–83.

¹⁵⁴ KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Network externalities, competition, and compatibility. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3, pp. 424–440, 1985.

¹⁵⁵ ARTHUR, W. B. Competing technologies, increasing returns, and lock-in events historical. *The Economic Journal*, v. 99, n. 394, pp. 116–131, 1989.

¹⁵⁶ Classicamente, entende-se que os efeitos de rede se fazem presentes quando "a utilidade que um consumidor atribui a certos bens ou serviços varia de acordo com o número de outros agentes que o consomem" (tradução livre) (KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Network externalities, competition, and compatibility. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3,

apontar que, em muitas partes da economia, as forças de estabilização do equilíbrio concorrencial não operam como deveriam em razão de *positive feedback-increasing returns*¹⁵⁷.

A presença dos efeitos de rede ou dos efeitos positivos de *feedback* modifica, de forma profunda, a natureza da concorrência nos mercados. Enquanto nos setores tradicionais o resultado do processo competitivo depende principalmente de preço e qualidade dos serviços transacionados, nos ambientes em que os efeitos de rede são significativos, as empresas adotam estratégias para estabelecer, manter e controlar os padrões (*standards*) na indústria¹⁵⁸. O agente dominante que consegue estabelecer os seus padrões técnicos no mercado detém importante vantagem competitiva, fechando o sistema à recepção de novas tecnologias¹⁵⁹.

Valendo-se principalmente de observações históricas, os adeptos das teorias de *path dependence* advertem que a estabilização de determinado *standard* no mercado frequentemente ocorre por eventos circunstanciais (*small events*) que não necessariamente geram como resultado a prevalência da tecnologia mais eficiente. A situação prejudica o bem-estar social quando os consumidores deixam de migrar para uma nova tecnologia, embora mais avançada, pelo simples fato de uma tecnologia obsoleta ter se transformado em *standard*. Nesses casos, diz-se que o mercado se tornou aprisionado (*tipped*) ou preso (*locked-in*) a padrões estabelecidos por um dominante entrincheirado. As possibilidades de evolução tecnológica ficam, assim, limitadas pelas escolhas feitas pelos consumidores quando estes adotam tal ou qual sistema padronizado (*path dependence*)¹⁶⁰.

Essas reflexões sobre a forma de funcionamento dos efeitos de rede e do potencial efeito de aprisionamento exerceram grande influência na política antitruste norte-americana no final dos anos 1990. Há, no entanto, consideráveis divergências na literatura acerca da aplicabilidade das perspectivas de *path dependence* na política antitruste.

Por um lado, parte da doutrina argumenta que o antitruste teria papel relevante a cumprir nas indústrias em rede, haja vista que, quando os consumidores ignoram uma tecnologia alternativa

p. 424, 1985.). Esse aumento da utilidade marginal do bem ou serviço pode se dar tanto em função de um crescimento direto da rede que lhe dá suporte, quanto em função do aumento da oferta de bens e serviços prestados em um mercado complementar à rede. Na primeira hipótese, diz-se estar diante de efeitos positivos diretos de rede, enquanto, na segunda, afirma-se estar diante dos efeitos positivos indiretos de rede. (KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Systems competition and network effects. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, pp. 93–115, 1994.). Quando o setor apresenta consideráveis efeitos de rede, há uma forte tendência de surgimento de uma externalidade negativa específica, chamada de externalidade de rede. Essa externalidade se desenvolve porque o consumidor adicional da rede não é recompensado pelo aumento da utilidade marginal que a sua adesão provoca em relação aos demais usuários.

¹⁵⁷ ARTHUR, W. B. Positive feedbacks in the economy. *Scientific American*, v. 262, n. 2, pp. 92–99, 1990.

¹⁵⁸ ECONOMIDES, N. The economics of networks. *International Journal of Industrial Organization*, v. 14, pp. 673–699, 1996.

¹⁵⁹ KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Systems competition and network effects. *Journal of Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, pp. 93–115, 1994.

¹⁶⁰ KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Network externalities, competition, and compatibility. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3, pp. 424–440, 1985.

superior, a intervenção seria garantidora do bem-estar social. Nesse sentido, DANIEL RUBINFELD argumenta que a formação de efeitos de rede e a possibilidade de aprisionamento representariam justificativas adicionais para intervenção em mercados dependentes de compatibilidade técnica e interoperabilidade, tais como os setores de telecomunicações e de computação eletrônica¹⁶¹.

Na mesma linha, GEORGE PRIEST defende que, diante das contribuições das teorias econômicas de redes, o antitruste deve se abrir a novas possibilidades de teoria do dano para além da dicotomia entre restrições horizontais e verticais à concorrência¹⁶². Especificamente no controle de condutas abusivas, as autoridades devem examinar se as práticas adotadas por um agente dominante tendem a expandir uma rede única ou a expandir a concorrência onde duas redes concorrentes podem sobreviver. A tarefa da autoridade será então verificar se há um aumento líquido no bem-estar da expansão da rede *versus* a redução na produção alternativa¹⁶³.

Por outro lado, críticos das teorias de *path dependence* levantam dúvidas sobre a tendência de aprisionamento ser realmente observável nos mercados do mundo real e a intervenção, de fato, ser o melhor caminho para solucioná-la. Estudos de LIEBOWITZ E MARGOLIS argumentam que, mesmo que a dependência de trajetória se verifique em determinados mercados, pode eventualmente ser benéfica em dadas circunstâncias¹⁶⁴. No mesmo sentido, SPULBER sustenta que o aprisionamento tecnológico é altamente improvável, posto que (i) a coordenação entre os consumidores pode gerar internalização dos benefícios dos efeitos de rede; (ii) o fenômeno *lock-in* tende a se concentrar em indústrias que possuem mecanismos institucionais para endereçá-los pela regulação – principalmente regulação de acesso e interconexão de redes –; e (iii) as empresas que operam em mercados em rede têm forte interesse em promover a interoperabilidade entre os seus produtos e sistemas quando necessário¹⁶⁵.

Essas controvérsias quanto às implicações das teorias de *path dependence* para as políticas de concorrência têm sido retomadas na discussão sobre os desafios do antitruste na economia

¹⁶¹ RUBINFELD, D. L. Antitrust enforcement in dynamic network industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 3–4, p. 869, 1998 ("with network industries, especially those in which tipping is a real possibility, allegations of anticompetitive behavior need to be treated quickly and seriously").

¹⁶² PRIEST, G. L. Rethinking antitrust law in an age of network industries. *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 352, p. 39, 2007.

¹⁶³ PRIEST, G. L. Rethinking Antitrust law in an age of network industries. *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 352, p. 41, 2007.

¹⁶⁴ LIEBOWITZ, S. J.; MARGOLIS, S. E. Path dependence, lock-in, and history. *Journal of Law, Economics and Organization*, pp. 205–226, abr. 1995.

¹⁶⁵ SPULBER, D. F. Unlocking technology: antitrust and innovation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 1, 2008.

digital. A posição dominante de plataformas digitais tem sido justificada pela presença de efeitos de redes indiretos em mercados de buscas *online*¹⁶⁶. Tais discussões serão aprofundadas no Capítulo 2.

3. Teorias de concorrência dinâmica do antitruste: um mesmo rótulo, vários caminhos disponíveis

As teorias econômicas de inovação discutidas no item anterior afetam, de forma direta, alguns dos pilares do modelo econômico neoclássico pressuposto pela Escola de Chicago¹⁶⁷. Considerando o avanço da compreensão econômica sobre inovação, diversos autores passaram a propor uma agenda ampla de reformulação da política antitruste, superando a sua tradicional percepção estática de concorrência.

Ainda que seja bastante heterogêneo o conjunto de trabalhos ora rotulados como teorias de concorrência dinâmica, de acordo com o que será abordado nos próximos itens, é possível observar que os seus defensores partem do diagnóstico comum de que o modelo neoclássico de concorrência perfeita que inspira a Escola de Chicago mostra-se dotado de irrealismo extremo ao pressupor que as empresas competem apenas estaticamente no fator preço e ao presumir que elas empregam sempre tecnologias idênticas¹⁶⁸.

Há, porém, distintas vertentes que decorrem da abordagem de concorrência dinâmica do antitruste. Neste Capítulo, elucidaremos os elos comuns dessas vertentes e as suas principais divergências.

No item 3.1, será verificado que, de forma comum, as teorias de concorrência dinâmica propõem (i) uma relativização da utilidade normativa do modelo de concorrência perfeita; (ii) a priorização de eficiências dinâmicas sobre eficiências estáticas; e (iii) a ressignificação das consequências da verificação do poder de mercado.

¹⁶⁶ Invocando os fundamentos das teorias de *path dependence* para justificar prescrições para o antitruste em mercados digitais, cf. SPULBER, D. F.; YOO, C. S. Antitrust, the internet, and the economics of networks. In: BLAIR, R.; SOKOL, D. *The Oxford handbook of international antitrust economics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015. Os autores argumentam que, enquanto nos setores em rede clássicos (e.g. telecomunicações, energia elétrica e de transportes) entende-se que a intensificação desses efeitos pode tornar os consumidores presos a padrões tecnológicos estabelecidos por empresas dominantes (*locked-in*), nos modelos de negócio que operam a partir da *web*, considera-se que a atribuição de determinada rede a apenas um agente de mercado poderia, no longo prazo, induzir o surgimento de novas tecnologias sistêmicas. Na mesma orientação, cf. YOO, C. S. When antitrust met Facebook. *George Mason Independent Law Review*, v. 1, 2012.

¹⁶⁷ Embora a microeconomia neoclássica fosse criticada há décadas na literatura antitruste pelo seu suposto caráter estático, os movimentos pós-Chicago das décadas de 1980 e 1990 formulavam censuras mais abrangidas ao *mainstream* da teoria econômica, conservando, ao menos em parte, a prevalência do critério de eficiência alocativa como principal norteador da intervenção estatal.

¹⁶⁸ Nesse sentido, cf. GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: E.U. competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 27.

No item 3.2, verificaremos as divergências entre as vertentes de concorrência dinâmica, que dizem respeito principalmente a (i) como deve ser superada a inconclusividade do debate sobre concentração de mercado e inovação; (ii) como devem ser sopesados os *trade-offs* entre eficiências estáticas e dinâmicas; e (iii) como tratar os custos de erros tipo I e tipo II.

No item 3.3, a partir da exploração dos focos de convergência e divergência, será apresentada uma sistematização das teorias de concorrência dinâmica e definido, de forma mais precisa, o marco teórico desta tese.

3.1. Focos de convergências

Nesta tese, consideram-se teorias de concorrência dinâmica os movimentos intelectuais que surgem a partir dos anos 2000 e, de forma geral, propõem a adaptação da intervenção antitruste voltada à apreensão de benefícios relacionados à inovação. Os aspectos comuns desse *cluster* de teorias serão descritos nos próximos subitens.

3.1.1. Relativização do modelo de concorrência perfeita

A teoria econômica do antitruste tradicionalmente prescreve que a intervenção estatal deve buscar ao máximo aproximar as condições reais de mercado ao modelo de concorrência perfeita, situação em que as empresas são meras tomadoras de preços definidos em conformidade com os custos marginais¹⁶⁹. Partindo desse modelo, o principal problema concorrencial a ser combatido pela intervenção antitruste é a formação da perda de peso morto (*deadweight losses*), a qual emerge quando os preços são fixados pelas empresas acima do custo marginal, resultando em potencial comprometimento da eficiência na alocação de recursos existentes¹⁷⁰.

Nessa concepção clássica, o foco da intervenção estatal incide sobre a melhor forma de alocação dos recursos atuais, diante dos riscos de ocorrerem falhas de mercado. Para tal paradigma, portanto, a intervenção estatal deve focar na preservação das melhores condições possíveis de alocação de recursos existentes, objetivo esse que não necessariamente se vincula à promoção da inovação – tarefa que estaria relegada ao campo da proteção de direitos de propriedade intelectual¹⁷¹.

¹⁶⁹ MACHOVEC, F. M. *Perfect competition and the transformation of economics*. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 1995. p. 202.

¹⁷⁰ MOTTA, M. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 57.

¹⁷¹ KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, p. 4, 2017 ("the basic problem is that in mainstream neoclassical economics competition and innovation are analyzed as two separate problems").

Herdando os fundamentos da perspectiva schumpeteriana de inovação, a partir da década de 2000, vários autores, sobretudo de origem norte-americana, como KATZ E SHELANSKI¹⁷², SIDAK E TEECE¹⁷³, entre outros¹⁷⁴, passaram a buscar uma internalização da compreensão dinâmica do processo competitivo na teoria antitruste.

Esses autores passaram a sugerir que manter o antitruste focado nas vendas atuais e no preço estático dos produtos poderia distorcer a avaliação dos riscos de investimento em P&D, seja impedindo a obtenção temporária de lucros de monopólio, seja evitando fusões dinamicamente eficientes que poderiam acelerar a inovação ao agregar segmentos produtivos complementares¹⁷⁵.

A consolidação de uma moldura antitruste neoschumpeteriana, portanto, deveria colocar menor peso na análise de *market share* e na concentração de poder econômico e um peso maior na avaliação de concorrência potencial e no exame dos níveis de capacidades empresariais¹⁷⁶. O principal corolário das teorias neoschumpeterianas do antitruste reside na compreensão da concorrência como um processo de destruição criativa, o qual tende a gerar benefícios ao consumidor final no longo prazo, e que, portanto, se mostra totalmente alheio a uma intervenção estatal que seja racionalizada sob o enfoque puramente estático do mercado¹⁷⁷.

¹⁷² KATZ, M. L.; SHELANSKI, H. A. "Schumpeterian" competition and antitrust policy in high-tech markets. *Competition*, v. 14, n. 2, pp. 234, 2005.

¹⁷³ SIDAK, G. J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, pp. 581–631, 2009; e JORDE, T. M.; TEECE, D. J. Innovation, dynamic competition, and antitrust policy. *Regulation*, v. 13, n. 3–4, pp. 35–44, 1990.

¹⁷⁴ Dentre os principais trabalhos das décadas de 1990 e 2000 que discutem a incorporação da perspectiva schumpeteriana ou neoschumpeteriana à política antitruste, com foco sobretudo no direito norte-americano, cf. JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992; GILBERT, R. J.; SUNSHINE, S. Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 2, pp. 569–601, 1994; AUDRETSCH, D. B.; BAUMOL, W. J.; BURKE, A. E. Competition policy in dynamic markets. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 5, pp. 613–634, 2001; BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007; e HOVENKAMP, H. J. Schumpeterian competition and antitrust. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 5, pp. 8–43, 2008.

¹⁷⁵ KATZ, M. L.; SHELANSKI, H. A. "Schumpeterian" competition and antitrust policy in high-tech markets. *Competition*, v. 14, p. 4, 2005.

¹⁷⁶ BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, THOMAS M. TEECE, DAVID J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. p. 85. ("antitrust policies [to be] excessively preoccupied with static market power and competition at the expense of intertemporal considerations"); e EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: JAFFE, A. B. LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy*. v. 2. Nova Iorque: MIT Press, 2005. p. 1. ("static price/output competition on the margin in the market is less important").

¹⁷⁷ JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. p. 5 (argumenta que "if the antitrust laws were more concerned with promoting dynamic rather than static competition, we expect that they would look somewhat different from the laws we have today"); e EVANS, D. S.; HYLTON, K. N. The lawful acquisition and exercise of monopoly power and its implications for the objectives of antitrust. *Competition Policy International*, v. 4, n. 2, p. 230, 2008. ("one unintended consequence of the increased role of economics in antitrust analysis is to overemphasize static considerations").

Mesmo que essas implicações neoschumpeterianas estejam sujeitas a críticas, não há como deixar de reconhecer que os trabalhos desses autores fundaram as bases de uma crítica mais ampla ao modelo econômico neoclássico subjacente à Escola de Chicago.

De forma comum, todas as vertentes de teorias de concorrência dinâmica do antitruste reconhecem que manter o antitruste focado nas vendas atuais e no preço estático dos produtos poderia distorcer a avaliação dos riscos de investimento em inovação, seja impedindo a obtenção temporária de lucros de monopólio, seja evitando comportamentos dinamicamente eficientes que poderiam acelerar a inovação ao agregar segmentos produtivos complementares¹⁷⁸.

Na realidade, essas críticas ao antitruste estático suscitam verdadeira crise de legitimidade do paradigma da Escola de Chicago, na medida em que a aplicação da teoria de preços, tal qual tradicionalmente concebida, poderia até mesmo prejudicar a inovação nos mercados intensivos em tecnologia¹⁷⁹.

3.1.2. Priorização das eficiências dinâmicas

A principal contribuição da Escola de Chicago para a política antitruste – que suscita um debate perene sobre a sua finalidade não apenas no contexto norte-americano como também no contexto brasileiro – diz respeito à centralidade do critério de bem-estar do consumidor como o fim a orientar a intervenção estatal. Como mencionado neste Capítulo, do ponto de vista prático, a ideia de bem-estar do consumidor é filtrada pela análise de equilíbrio parcial, de modo que o objetivo central da intervenção antitruste é tradicionalmente equiparado à noção de excedente total ou excedente do consumidor¹⁸⁰.

As críticas endereçadas pelas teorias de concorrência dinâmica ao suposto caráter estático da Escola de Chicago relativizam a ideia de que a perseguição da eficiência alocativa seria o principal objetivo do antitruste¹⁸¹. A noção de a inovação se desenvolver a partir de um processo competitivo de longo prazo tem como consequência a compreensão de a eficiência de Pareto não ser a única

¹⁷⁸ SIDA, G. J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, p. 585, 2009 ("using static analysis to address antitrust issues in a dynamic economy is unlikely to improve consumer welfare").

¹⁷⁹ BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. p. 91; e SIDA, G. J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, p. 36, 2009 ("the implicit acceptance in current antitrust law of the textbook model of perfect competition-which is inherently short-run-may be counterproductive in the long run. ").

¹⁸⁰ Vide item 1.2 deste Capítulo.

¹⁸¹ MACHOVEC, F. M. *Perfect competition and the transformation of economics*. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 1995. p. 226; e AUDRETSCH, D. B.; BAUMOL, W. J.; BURKE, A. E. Competition policy in dynamic markets. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 5, p. 626, 2001 ("competition law must take account of this heterogeneity and must adopt clear welfare objectives that make allowance for the flexibility required in applying the law to dynamic markets.").

nem a mais relevante forma de eficiência que impacta o excedente total.

Considerando a máxima schumpeteriana de que o mais importante para o bem-estar social não é manter a melhor alocação possível de recursos econômicos em uma radiografia estática, mas permitir o progresso tecnológico, as teorias de concorrência dinâmica convergem no diagnóstico de que a eficiência alocativa não deve ser o principal norte da intervenção antitruste. Essa compreensão baseia-se nos trabalhos clássicos de BRODLEY¹⁸² que, na década de 1980, identificou que a eficiência no sentido econômico não é um conceito unitário, desdobra-se em três tipos de eficiência: (i) a produtiva; (ii) a alocativa; e (iii) a inovativa¹⁸³. Esse autor definiu a eficiência inovativa como aquela "gerada por meio da invenção, do desenvolvimento e da difusão de novos produtos e processos que aumentam a riqueza da sociedade" (tradução livre)¹⁸⁴.

O autor argumenta que, ao contrário do proposto pela agenda de *enforcement* da Escola de Chicago, a intervenção antitruste deve reconhecer que a eficiência inovativa traz maior bem-estar social, seguida da eficiência produtiva e da eficiência alocativa¹⁸⁵. Além disso, existiriam *trade-offs* relevantes entre os diferentes tipos de eficiências que, na realidade, parecem ser antagônicas. Partido desses conceitos, os adeptos das teorias de concorrência dinâmica sustentam que a intervenção antitruste em mercados sensíveis ao desenvolvimento tecnológico deveria priorizar a satisfação da eficiência inovativa, ainda que eventualmente às custas das outras formas de eficiência estática¹⁸⁶. Contemporaneamente, as eficiências inovativas de BRODLEY são equiparadas às eficiências dinâmicas.

Apesar de não haver consenso entre as autoridades antitruste sobre o seu significado, as eficiências dinâmicas podem ser genericamente entendidas como aquelas que decorrem ou da

¹⁸² BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, v. 62, n. 1, pp. 1020–1053, 1987. Como esclarece Eleanor Fox, a obra de Joseph Brodley foi pioneira no antitruste, por dissecar as diferentes formas de eficiência e por ressaltar a necessidade de as autoridades de concorrência privilegiarem as eficiências inovativas. Por destacar, na década de 1980, as deficiências do antitruste "estático", os trabalhos de Brodley passaram a ser retomados no movimento pós-Chicago. FOX, E. "Antitrust Welfare": the Brodley synthesis. *Boston College Law Review*, pp. 1375–1383, 2009.

¹⁸³ BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, v. 62, n. 1, pp. 1020–1053, 1987.

¹⁸⁴ BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, v. 62, n. 1, p. 1025, 1987.

¹⁸⁵ BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, v. 62, n. 1, p. 1026, 1987.

¹⁸⁶ Tal posição é defendida com clareza por SIDAK, G. J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, p. 585, 2009 ("using static analysis to address antitrust issues in a dynamic economy is unlikely to improve consumer welfare and a more dynamic analytical framework increases the likelihood of helping rather than hurting consumers"); e EVANS, D. S.; HYLTON, K. N. The lawful acquisition and exercise of monopoly power and its implications for the objectives of antitrust. *Competition Policy International*, v. 4, n. 2, p. 35, 2008 ("the dynamic competitive process and its role in promoting economic progress are at the heart of antitrust policy").

diminuição de custos ou do desenvolvimento de produtos novos ou melhorados¹⁸⁷. Apesar dessa definição geral, há muitas controvérsias semânticas na literatura. Em decorrência das crescentes preocupações das autoridades antitruste com o efeito de fusões sobre a inovação¹⁸⁸, a maioria dos conceitos disponíveis equipara as eficiências dinâmicas a defesas, na forma de economias de escala ou transbordamentos de inovação, que compensariam efeitos anticompetitivos unilaterais de uma operação¹⁸⁹.

Ao nosso ver, a melhor maneira de compreender as eficiências dinâmicas consiste em enxergar esse conceito como um guarda-chuva que abrange diversos componentes¹⁹⁰. Para os fins desta tese, compreendemos ser relevante identificar mais especificamente três deles. Embora nem sempre todos estejam presentes, as autoridades antitruste podem tomá-los como formas de exteriorização das eficiências dinâmicas.

O primeiro componente diz respeito à ideia de ganhos de eficiências alocativas intertemporais¹⁹¹. Nesse sentido, alguns autores definem as eficiências dinâmicas como "a alocação ótima de recursos de PARETO que se projeta entre este e o futuro" (tradução livre)¹⁹² ou, ainda, como "o equilíbrio entre eficiências estáticas de curto prazo, como redução de custos e maximização do excedente do consumidor, e eficiências de longo-prazo decorrentes da inovação"¹⁹³ (tradução livre).

Esses resultados intertemporais ocorrem, por exemplo, quando determinada conduta ou fusão impõe aumentos de preços atuais que futuramente, porém, são compensados por diminuições

¹⁸⁷ OCDE. *Dynamic efficiencies in merger analysis*. Paris: OECD Publishing, 2007. p. 18 ("dynamic efficiencies are processes that occur over time and lead to progressively lower costs, new products, or improved products"); e KOLASKY, W. J.; DICK, A. R. The merger guidelines and the integration of efficiencies into antitrust review of horizontal mergers. *Antitrust Law Journal*, v. 71, n. 1, p. 247, 2003 ("dynamic efficiency arises from market processes that encourage innovation to lower costs and develop new and improved product").

¹⁸⁸ GILBERT, R. J.; GREENE, H. Merging innovation into antitrust agency enforcement of the Clayton Act. *George Washington Law Review*, v. 83, n. 6, pp. 1919–1947, 2015 (faz-se um levantamento histórico de como as preocupações com inovação foram internalizadas no controle de estruturas pelo DoJ e pela FTC a partir da década de 1980).

¹⁸⁹ OCDE. *Merger control in dynamic markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 25.

¹⁹⁰ Uma abordagem bastante semelhante é defendida em KATHURIA, V. A conceptual framework to identify dynamic efficiency. *European Competition Journal*, v. 1056, n. 1, pp. 319–339, 2016; e, na literatura nacional, em POSSAS, M. L. Economia normativa e eficiência: limitações e perspectivas na aplicação antitruste. In: *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. pp. 229-232.

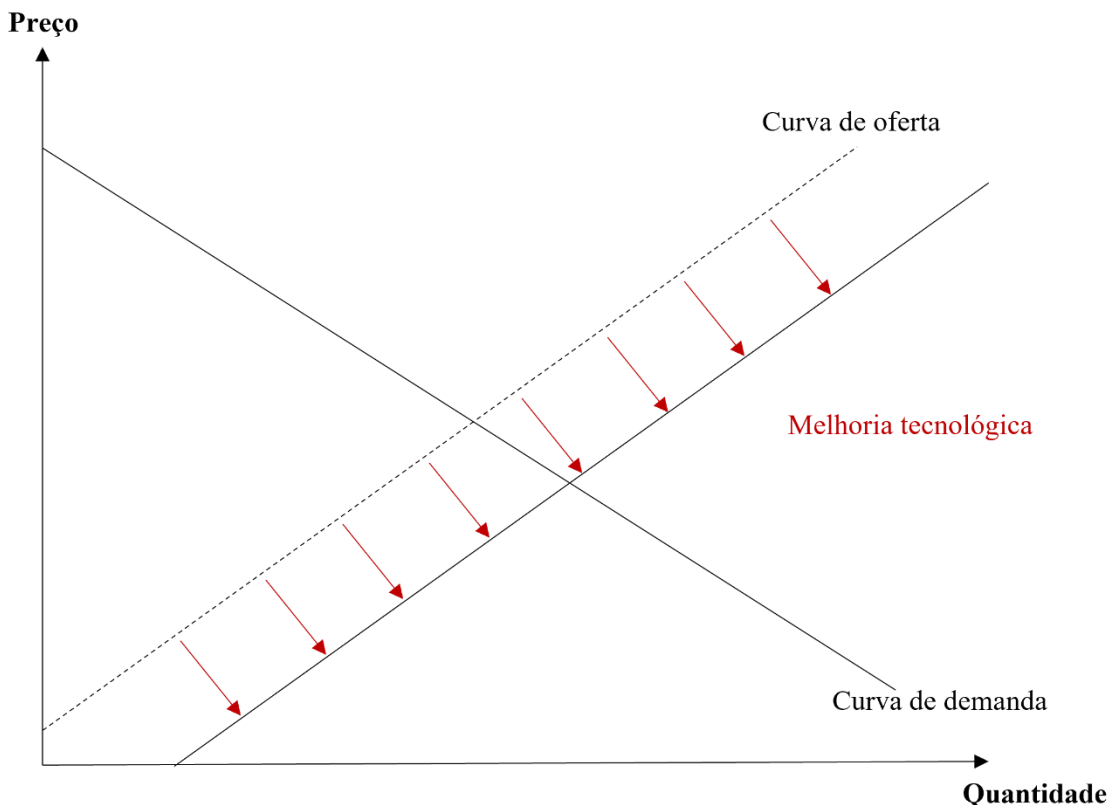
¹⁹¹ Esse componente da ideia de eficiências dinâmicas é destacado em BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. p. 83.

¹⁹² BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. p. 83 ("we can define dynamic efficiency to consist of the Pareto-optimal allocation of resources between present and future").

¹⁹³ SCHILLING, M. A. Towards dynamic efficiency: innovation and its implications for antitrust. *The Antitrust Bulletin*, v. 60, n. 3, p. 192, 2015 ("dynamic efficiency, that is, an appropriate balance between short-run static efficiencies such as reducing costs and maximizing consumer surplus (productive efficiency and allocative efficiency) with longer-term efficiencies that arise from innovation").

de custos marginais repassadas aos consumidores¹⁹⁴. Compreendidas nessa ótica, as eficiências dinâmicas se aproximam bastante das eficiências produtivas¹⁹⁵. As duas poderiam ser representadas pelo deslocamento, para baixo e para a direita, da curva de demanda ilustrada no modelo de concorrência perfeita¹⁹⁶ apresentado a seguir:

Figura 3 – Representação das eficiências dinâmicas na dimensão de melhorias tecnológicas



Fonte: KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 222 (tradução livre).

Um segundo componente da ideia de eficiência dinâmica se refere aos benefícios percebidos pelo consumidor a partir da exploração econômica de um novo produto ou processo produtivo¹⁹⁷.

¹⁹⁴ SALOP, S. C.; ROBERTS, G. L. Efficiencies in dynamic merger analysis. *World Competition Law and Economics Review*, v. 19, n. 4, pp. 7–8, 1996 (trata essas eficiências como "cost savings achieved by a newly merged entity [which] will diffuse at least partially to competing firms over time").

¹⁹⁵ KATHURIA, V. A conceptual framework to identify dynamic efficiency. *European Competition Journal*, v. 1056, n. 1, p. 326, 2016.

¹⁹⁶ BARNETT, T. O. Maximizing welfare through technological innovation. *Presentation to the George Mason University Law Review 11th Annual Symposium on Antitrust*, v. 15, n. 5, pp. 6–7, 2008; e LIANOS, I.; KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 223 ("technological improvement in the production process normally shift the supply curve outward to the right").

¹⁹⁷ MOTTA, M. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 55 ("dynamic efficiency refers to the extent to which a firm introduces new products or processes of production"); e

Essas inovações não se relacionam a custos ou preços atuais, mas a melhorias de qualidade ou de outros fatores não monetizáveis que geram melhor desempenho competitivo para a empresa inovadora¹⁹⁸. A rigor, essas manifestações da eficiência dinâmica estão relacionadas à exploração econômica de um produto ou processo inovador que apresenta melhor desempenho competitivo em dimensões de concorrência não relacionadas a preço¹⁹⁹. Esses produtos ou processos criam curvas de demanda.

Deve-se esclarecer, porém, ser sempre uma questão factual investigada pela autoridade antitruste saber se determinado produto ou processo corresponde a uma novidade que efetivamente cria uma curva de demanda e não simplesmente desloca uma curva de demanda existente²⁰⁰. Conforme será discutido no Capítulo 6, existem vários testes jurídicos que buscam desvendar se determinada conduta de um agente dominante corresponde, de fato, a uma inovação ou se esta se traduz em uma mera conduta anticompetitiva camuflada.

Por fim, há um terceiro e importante componente da ideia de eficiência dinâmica, que diz respeito ao incremento da capacidade e do incentivo das empresas de inovarem²⁰¹, que é comumente equiparado aos conceitos de sinergias²⁰² ou de capacidades dinâmicas²⁰³, os quais, de modo geral, se referem à possibilidade das empresas de gerirem, utilizarem e combinarem os seus recursos, ativos e habilidades internas para gerar inovações.

Nesse sentido, podem ser consideradas eficiências dinâmicas de uma fusão, por exemplo, eliminação de projetos duplicados de P&D, economias de escala e de escopo em P&D e incremento de financiamento para atividades de inovação²⁰⁴. Esse componente de aumento das capacidades dinâmicas, aliás, parece ser o mais bem compreendido na jurisprudência do CADE relacionada a

KATHURIA, V. A conceptual framework to identify dynamic efficiency. *European Competition Journal*, v. 1056, n. 1, p. 330, 2016.

¹⁹⁸ Esse sentido é utilizado, por exemplo, em GILBERT, R. J.; SUNSHINE, S. Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 2, pp. 572–573, 1994.

¹⁹⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.001020/2014-26 (*Kroton Educacional S.A e Estácio Participações S.A.*). Parecer Técnico nº 1/2017/CGAA2/SGA1/SG/CADE, 2017. Nota de Rodapé nº 131 ("eficiências dinâmicas estão relacionadas a melhoria da qualidade e lançamento de novos produtos, entre outras").

²⁰⁰ KATHURIA, V. A conceptual framework to identify dynamic efficiency. *European Competition Journal*, v. 1056, n. 1, p. 335, 2016.

²⁰¹ OCDE. *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Paris: OECD Publishing, 2012. p. 14. ("dynamic efficiencies are related to the ability of a firm and its incentives to introduce new products or processes of production (or to improve existing ones)").

²⁰² OCDE. *Dynamic efficiencies in merger analysis*. Paris: OECD Publishing, 2007. p. 9 ("dynamic efficiencies are synergies that enable firms to improve their performance on a potentially continuing basis. Efficiencies that enhance the ability or incentive to innovate, for example, are considered dynamic").

²⁰³ TEECE, D. J. Innovation, governance, and capabilities: implications for competition policy. *Industrial and Corporate Change*, v. 29, n. 5, p. 1093, 2020. (trata as eficiências dinâmicas como capacidades dinâmicas).

²⁰⁴ KATHURIA, V. A conceptual framework to identify dynamic efficiency. *European Competition Journal*, v. 1056, n. 1, p. 336, 2016; e OCDE. *Dynamic efficiencies in merger analysis*. Paris: OECD Publishing, 2007. pp. 25–27.

casos em que direitos de propriedade intelectual exercem um papel relevante²⁰⁵.

Seja de maneira holística, seja de maneira focada em um desses três componentes, as teorias de concorrência dinâmica do antitruste prescrevem que a intervenção estatal deve privilegiar a realização das eficiências dinâmicas, mesmo quando em detrimento das eficiências estáticas. Esse elo comum, aliás, tornou-se verdadeiro mantra nos estudos sobre a inovação no antitruste, inclusive naqueles que discutem a análise de atos de abuso de posição dominante em mercados de alta tecnologia²⁰⁶.

3.1.3. Resignificação do poder de mercado

A premissa estruturante do modelo econômico de concorrência perfeita é a noção de que as forças de oferta e demanda são capazes de restabelecer o equilíbrio competitivo naturalmente. Por outro lado, o exercício do poder de mercado, na forma de fixação de preços unilaterais de monopólio, pode gerar perdas de peso morto capazes de demandar a aplicação das leis antitruste.

Nesse paradigma de concorrência estática, a capacidade de fixar preços de monopólio define o limiar de intervenção estatal. A inovação é tratada quase como uma simples falha de mercado que pode ser eventualmente corrigida pela legislação de proteção intelectual e não exerce nenhum papel relevante no equilíbrio competitivo que se deseja atingir²⁰⁷.

Sob um enfoque de concorrência dinâmica, porém, a verificação do poder de fixar preços acima dos custos marginais deixa de ser o gatilho de incidência das leis antitruste. Em termos práticos, as medições estáticas de posição dominante baseadas, por exemplo, na análise de *market share* são drasticamente relativizadas²⁰⁸.

A principal implicação da teoria schumpeteriana para os modelos de concorrência reside na compreensão de que a mensuração do bem-estar social gerado pelas trocas econômicas precisa considerar um horizonte temporal mais alargado. Diferentemente do que ocorre no modelo de

²⁰⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (*Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças e outros*). Voto-relator do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Parágrafo 114 ("o exercício do direito de propriedade industrial pode restringir a concorrência estática, em curto prazo. No entanto, a proteção desses direitos tem por finalidade gerar eficiências dinâmicas que, a longo prazo").

²⁰⁶ BAKER, J. B. Exclusion as a core competition concern. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 527–289, 2013.

²⁰⁷ KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, pp. 3–4, 2017.

²⁰⁸ Nesse sentido, cf. BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. p. 85 ("*antitrust policies [to be] excessively preoccupied with static market power and competition at the expense of intertemporal considerations*"); e EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: JAFFE, A. B.; LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy*. v. 2. Nova Iorque: MIT Press, 2005. p. 1 ("*static price/output competition on the margin in the market is less important*").

concorrência perfeita, a formação de monopólios ou oligopólios pode ser compreendida como estágios intermediários ou fases de um processo mais amplo de concorrência que pode resultar em inovação²⁰⁹.

Essa nova compreensão da natureza do processo competitivo reorienta o significado normativo do poder de mercado. Em um modelo dinâmico, a posição dominante que realmente importa é aquela que se traduzir no poder do agente econômico de controlar e, possivelmente, de reduzir o desenvolvimento contínuo de produtos e tecnologias²¹⁰. Nesse contexto, passam a ter um maior peso na análise concorrencial fatores como (i) o nível de diferenciação de produtos; (ii) a avaliação de concorrência potencial; e (iii) o exame dos níveis de capacidades empresariais²¹¹.

Sob esse novo enfoque, o poder de mercado "tradicional" – no sentido de preços – pode ser compreendido ou como um fator que impulsiona ou como um fator que retarda a inovação.

Para os autores vinculados a uma vertente neoschumpeteriana do antitruste, o poder de mercado passa a ser enxergado, frequentemente, como um incentivo ou um "mal necessário" para a realização de investimentos em P&D²¹². A partir disso, principalmente em mercados submetidos a intenso desenvolvimento tecnológico, entende-se que as situações temporárias de monopólio não devem necessariamente ser combatidas pelas autoridades antitruste, tendo em vista que somente a percepção de lucros monopolistas compensaria os riscos dos elevados investimentos em P&D feitos pelas empresas engajadas no processo de inovação²¹³.

Essa visão inspirou o voto do *Justice Scalia* no caso *Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko*, de 2004, no ponto em que se considerou que "a oportunidade de cobrar preços de monopólio, pelo menos por um curto período, atrai a perspectiva empresarial e induz a tomada de riscos que produz a inovação e o crescimento econômico" (tradução livre)²¹⁴.

Essa ressignificação do poder de mercado é passível de ser interpretada por autores mais

²⁰⁹ ELLIG, J.; LIN, D. A taxonomy of dynamic competition theories. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001. pp. 18–19; e WALLER, S. W.; SAG, M. Promoting innovation. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 5, p. 3, 2015 ("In Schumpeter's view, the prospect of market dominance was a powerful incentive and dominance itself provided the resources for investment in further innovation").

²¹⁰ GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: E.U. competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 28 ("in such a dynamic model, anti-competitive market power would primarily consist in the power to control and possibly reduce the continuous development of products and technologies").

²¹¹ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: JAFFE, A. B.; LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy*. v. 2. Nova Iorque: MIT Press, 2005. p. 1. ("static price/output competition on the margin in the market is less important").

²¹² ELLIG, J.; LIN, D. A Taxonomy of dynamic competition theories. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001. p. 22.

²¹³ FATUR, A. *EU competition law and the information and communication technology network industries: economic versus legal concepts in pursuit of (consumer) welfare*. Oxford; Portland; Oregon: Hart Publishing, 2012. p. 74.

²¹⁴ EUA. SUPREMA CORTE. *Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. U.S. 124 S. Ct 2004. p. 407.

radicais como um convite ao *laissez faire*²¹⁵. De todo modo, mesmo para os autores que não identificam essa equivalência, a reformulação da discussão sobre o nível ótimo de *enforcement* antitruste pode levar a uma relativização da punição de condutas abusivas²¹⁶.

Por outro lado, para autores que aderem a uma visão de *path dependence*, a alta concentração de mercados, sobretudo em setores marcados por fortes efeitos de redes, tende a impedir a inovação por meio do aprisionamento²¹⁷.

A visão de que os monopólios impedem o progresso tecnológico é refletida no clássico caso *United States v. Aluminum Co. of America*, julgado pelo Judiciário norte-americano em 1945. A decisão do Justice Hand espelha essa visão, ao estabelecer que "uma posição dominante mata a inovação" e "a rivalidade é um estimulante ao progresso industrial" (tradução livre)²¹⁸.

Consoante será abordado nos próximos subitens, essas divergências se devem, sobretudo, a distintas compreensões dos autores sobre como as inconclusividades e incertezas da inovação podem, afinal, ser internalizadas na análise antitruste.

3.2 Focos de divergências

Até aqui, este item se dedicou a discutir como as teorias de concorrência dinâmica convergem ao impor reformulações aos pilares da teoria econômica do antitruste baseado no *mainstream* da Escola de Chicago. O abandono completo desse *mainstream* e a guinada para uma revolução dinâmica do antitruste, porém, dependem da superação de alguns obstáculos reconhecidos pela literatura, tanto de ordem teórica quanto de ordem prática.

Nos próximos itens, serão apresentados três obstáculos à incorporação das teorias de concorrência dinâmica no antitruste. De acordo com o que será discutido, há profundas divergências na literatura sobre como esses entreves podem ou devem ser superados na aplicação das leis antitruste. As respostas a tais obstáculos definem os contornos das diferentes vertentes de teorias de concorrência dinâmica, tal como será sistematizado em seguida.

²¹⁵ Sobre essa crítica, cf. WALLER, S. W.; SAG, M. Promoting innovation. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 5, p. 2225, 2015. ("broadly speaking, the Schumpeterian view counsels a laissez-faire approach to antitrust policy with respect to dominant-firm unilateral behavior").

²¹⁶ HYLTON, K. N.; LIN, H. Innovation and optimal Punishment, with antitrust applications. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 1, pp. 1–25, 2014.

²¹⁷ ELLIG, J; LIN, D. A Taxonomy of dynamic competition theories. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001. pp. 34-35.

²¹⁸ EUA. *USA v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

3.2.1. Implicações da ausência de conclusividade sobre a relação entre estrutura de mercado e taxas de inovação

O principal obstáculo teórico à incorporação das teorias de concorrência dinâmica na política antitruste, sem dúvida, consiste na inconclusividade das relações econômicas empíricas entre estrutura de mercado e taxas de inovação. Em consonância com o que foi abordado no item anterior deste Capítulo, a perspectiva de concorrência dinâmica de SCHUMPETER presume que uma estrutura de mercado mais concentrada seria, a princípio, favorável ao desenvolvimento de novos produtos e serviços no mercado no longo prazo²¹⁹. Essa compreensão sobre o processo competitivo, como destacado, geralmente justificaria a defesa de uma intervenção antitruste mais branda em mercados intensivos em tecnologia.

A perspectiva schumpeteriana, no entanto, tem sido contestada na literatura econômica há décadas, principalmente a partir dos trabalhos de ARROW²²⁰, produzidos originalmente em 1962. De forma alegadamente oposta à SCHUMPETER, ARROW sustenta que a competição – e não o monopólio – seria a estrutura de mercado mais favorável à inovação. Para este último autor, os incentivos à inovação devem ser examinados por meio da comparação dos lucros esperados com o desenvolvimento de um novo produto ou serviço em relação aos seus custos.

O modelo econômico de ARROW mostra que os incentivos à inovação são menores em mercados monopolizados porque o monopolista usualmente auferir lucros de monopólio sem investir em P&D²²¹. Assim, diferentemente de um competidor inovador, que tem a expectativa de auferir os benefícios de uma invenção incerta, o monopolista dificilmente colocaria em risco os seus ganhos de monopólios atuais para investir em P&D.

ARROW defende que os custos esperados pelo monopolista com a inovação seriam naturalmente limitados, ao considerar que, ao desenvolver um novo produto, o agente estaria provavelmente reduzindo as vendas de outro existente. Consequentemente, uma estrutura de mercado competitiva e pulverizada teria melhores impactos sobre a introdução de novas tecnologias no longo prazo.

Essa limitação ao incentivo do monopolista de inovar é chamada por ARROW de *replacement effects*, uma vez que se refere ao custo que o agente dominante possui ao renunciar a

²¹⁹ SCHUMPETER, J. A. *Capitalization, socialism and democracy*. 6. ed. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2006.

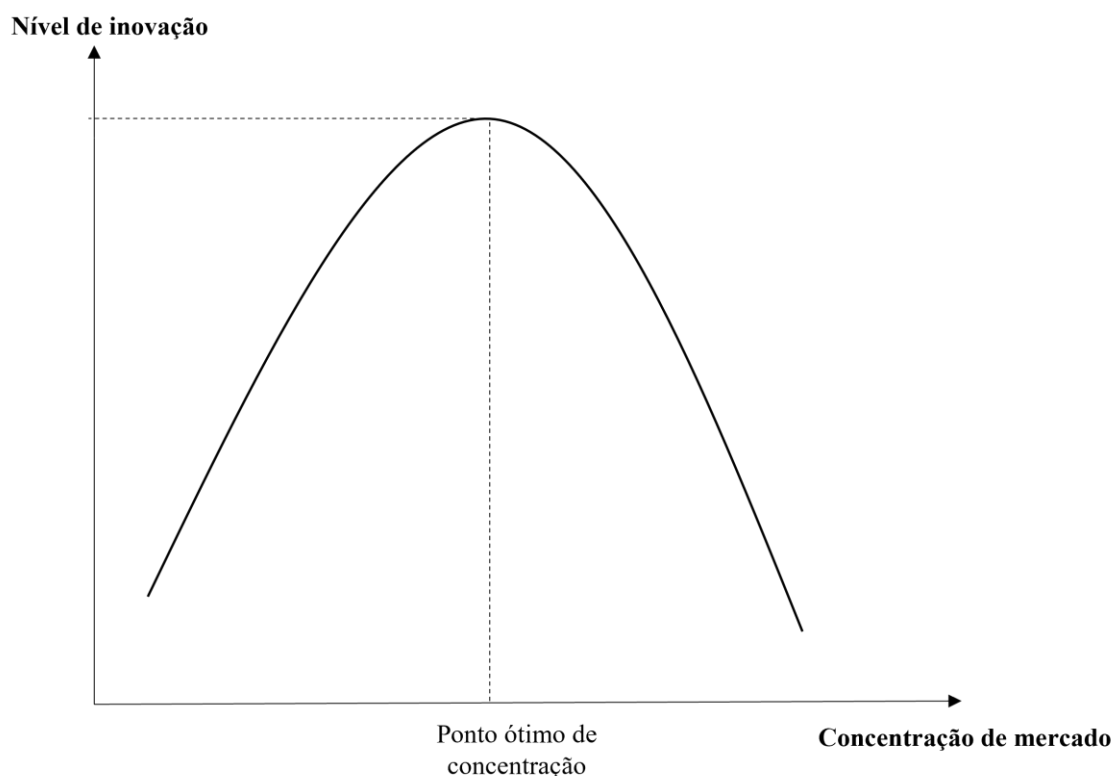
²²⁰ ARROW, K. J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. *Readings in Industrial Economics*, pp. 609–626, 1962.

²²¹ ARROW, K. J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. *Readings in Industrial Economics*, pp. 609–626, 1962.

lucros atuais em prol de uma apropriabilidade futura²²². Esses efeitos tendem a ser bastante elevados quando o desenvolvimento do novo produto tem o condão de substituir o anterior ou quando o monopolista não é ameaçado por qualquer potencial nova entrada²²³. A dualidade de visões entre SCHUMPETER e ARROW é apontada até hoje como uma encruzilhada que desafia a análise de inovação no antitruste²²⁴.

Para além dessas duas opções, outra hipótese bastante discutida na literatura é o denominado "formato U invertido", desenvolvido por AGHION ET. AL.²²⁵. Nesse formato, propõe-se que nem o monopólio nem uma estrutura de mercado pulverizada seria em si propício à inovação; o ideal seria uma estrutura intermediária entre os dois extremos, conforme ilustrado na figura abaixo:

Figura 4 – Representação do formato U invertido de Aghion *et. al.*



²²² ARROW, K. J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. *Readings in Industrial Economics*, pp. 609–626, 1962.

²²³ BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, p. 579, 2007.

²²⁴ Nesse sentido, cf. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Competition Policy Brief: eu merger control and innovation, pp. 1–7, abr. 2016; e LIANOS, I. Digitalisation and competition law: new challenges. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 7, pp. 1–50, 2019. (sustenta que as autoridades antitruste terão que definir o paradigma metarregulatório que informará as suas intervenções, optando pela prevalência de um paradigma de concorrência imperfeita que se preocupa com a crescente concentração de mercado ou, alternativamente, pela prevalência de um paradigma *schumpeteriano* que reconhece que a existência de grandes empresas poderia facilitar o processo inovativo).

²²⁵ AGHION, P. *et. al.* Competition and innovation: an inverted-U relationship. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 120, n. 2, pp. 701–728, 2005.

Fonte: elaboração própria, adaptado de AGHION, P. *et. al.* Competition and innovation: an inverted-U relationship. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 120, n. 2, p. 707, 2005.

Embora alguns estudos sustentem que a perspectiva de ARROW teria prevalecido sobre a de SCHUMPETER, na realidade, até hoje, não há comprovações seguras de nenhuma das duas teses.

Nesse sentido, ao realizar uma das mais vastas revisões de literatura sobre o assunto, GILBERT demonstra que os trabalhos empíricos que usam a concentração de mercado como *proxy* falham em chegar a uma conclusão universal sobre a relação entre a concentração de mercado e o grau das atividades de P&D quando características da indústria, oportunidades tecnológicas e apropriabilidade não são consideradas na análise²²⁶. Mesmo a proposta intermediária do formato U invertido tem sido criticada por trabalhos recentes que avaliam os impactos de fusões horizontais sobre os incentivos à inovação das empresas fusionadas²²⁷.

Como esclarece KERBER, do acumulado histórico de trabalhos empíricos a única conclusão a que se pode chegar é que não existe uma relação geral estável entre a concentração da empresa e a inovação que possa ser considerada válida em todos os setores, de forma que caberá ao formulador de política pública pautar as suas decisões em modelos e estudos que se revelem aderentes ao mercado objeto da intervenção²²⁸.

A inconclusividade dos estudos empíricos suscita dúvida sobre a própria segurança e a legitimidade da atuação das autoridades de defesa da concorrência voltada à proteção da inovação. A postura das agências antitruste nos últimos anos de impor remédios antitruste com o objetivo de neutralizar os impactos de fusões sobre a inovação tem sido bastante criticada justamente em razão da inconclusividade da literatura econômica sobre a relação entre estrutura de mercado e inovação²²⁹.

A doutrina antitruste diverge sobre a inconclusividade da relação entre estrutura de mercado e inovação ser um empecilho superável à apropriação das teorias de concorrência dinâmica na

²²⁶ GILBERT, R. *Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate?* [s.l.]: 2006, p. 162. (argumenta que "economic theory does not offer a prediction about the effects of competition on innovation that is robust to all of these different market and technological conditions").

²²⁷ FEDERICO, G.; LANGUS, G.; VALLETTI, T. Horizontal mergers and product innovation. *International Journal of Industrial Organization*, v. 59, p. 1–23, fev. 2018. (argumenta que "the merger leads to lower innovation incentives for the merged entity, absent cost efficiencies and knowledge spillovers").

²²⁸ KERBER, W. W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, n. 1, p. 7, 2017.

²²⁹ No cenário nacional, essas críticas foram destacadas pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE em Nota Técnica expedida no âmbito do AC nº 08700.001097/2017-49 (*Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company*). Ao revisitar as principais críticas feitas por entidades como a *RBB Economics* à imposição de remédios antitruste pela Comissão Europeia no caso *Dow-DuPont*, o Departamento destacou que "restando inconclusiva a avaliação dos impactos da estrutura de mercado sobre o incentivo a inovar, o DEE não encontra subsídio teórico suficiente para apontar qual seria a estrutura de mercado ideal para a promoção de inovação.". (CADE. Departamento de Estudos Econômicos. Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49. Nota Técnica nº 33/2017/DEE/CADE).

análise antitruste, especialmente no contexto de mercados digitais. Em uma ponta do espectro político, há estudos que pressupõem que a concorrência em determinados setores tem se desenvolvido em um patamar necessariamente inferior ao nível ótimo de inovação²³⁰. Essa abordagem neoestruturalista tem sido bastante impulsionada pelos neobrandeisianos, e propõe, portanto, que o combate aos monopólios e a elevada concentração de mercados seria, em si, uma medida de política pública necessária para preservar o desenvolvimento de atividades inovadoras²³¹.

No outro extremo desse espectro, autores como EVANS E SCHMALENSSEE²³² e MANNE E WRIGHT²³³ empreendem uma visão neoschumpeteriana da concorrência e consideram que, sobretudo em mercados dinâmicos, a inovação não é necessariamente ameaçada por elevadas concentrações de mercado, dado que a competição tende a se desenvolver pela criação de produtos e processos. Essa perspectiva embasa a tese de que a intervenção deve ser excepcional e exige a demonstração de evidências concretas, sob o risco de desestimular condutas inovadoras de agentes econômicos dominantes, o que comprometeria o bem-estar social.

Há, no entanto, uma terceira via intermediária liderada por autores como GILBERT²³⁴, BAKER²³⁵, SHAPIRO²³⁶ e outros²³⁷, que propõem uma superação do embate ARROW vs. SCHUMPETER a partir do reconhecimento de que essas duas visões não são necessariamente incompatíveis, pelo

²³⁰ EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, p. 22, 2020. p. 22 ("competition appears to be below optimal levels in the US, and to a lesser extent, in the EU").

²³¹ WU, T. *The curse of bigness: antitrust in the new gilded age*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018. p. 138 ("structure matters, and these suggestions would help us return to an economic vision that prizes dynamism"); e KHAN, L. M. The ideological roots of America's market power problem. *The Yale Law Journal Forum*, v. 4, n. 1, p. 961, 2018. ("monopolies and oligopolies produce a host of harms. They depress wages and salaries, raise consumer costs, block entrepreneurship, stunt investment, retard innovation, and render supply chains and complex systems highly fragile").

²³² EVANS, D. S.; SCHMALENSSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: *Innovation policy and the economy*. v. 2. Nova Iorque: MIT Press, 2005. pp. 1–51 ("most leading firms in these dynamically competitive industries have considerable short-run market power, for instance, but ignoring their vulnerability to drastic innovation may yield misleading conclusions").

²³³ WRIGHT, J. D. Antitrust, multidimensional competition, and innovation: do we have an antitrust-relevant theory of competition now? In: *Competition policy and patent law under uncertainty: regulating innovation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 251. ("humility regarding the current state of knowledge implies that deference to the competitive process is an appropriate guiding principle in the absence of clear and convincing evidence of substantial consumer harm"); e MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Google and the limits of antitrust: the case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, pp. 171–244, 2010 ("economic complexity and ambiguity, coupled with an insufficiently deferential approach to innovative technology and pricing practices in the most relevant case law, portend a potentially erroneous—and costly—result").

²³⁴ GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, v. 6, pp. 159–215, 2006.

²³⁵ BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007 ("the modern economic understanding about the relationship between competition and innovation goes beyond Schumpeter and Arrow by suggesting ways for antitrust rules and enforcement efforts to target types of industries and types of conduct").

²³⁶ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 361–404, mar. 2011.

²³⁷ MOTTA, M. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 54. ("both theoretical and empirical research on the link between market structure and innovation is not conclusive, even though a 'middle ground' environment [...] might be the most conducive to R&D output").

menos naquilo considerado relevante para a política antitruste. Essa terceira via será referenciada nesta tese como vertente pós-Chicago²³⁸, propõe que, mesmo diante da ausência de comprovações empíricas sobre a matéria, a incorporação de elementos dinâmicos ao antitruste pode ser realizada a partir de exames factuais mais intensivos e multidimensionais que levem em conta a promoção de inovação tecnológica²³⁹. Nesse sentido, como sustenta GILBERT²⁴⁰, a existência de diferentes modelos econômicos de P&D não deve levar à conclusão de que não há perspectivas coerentes sobre a relação entre estrutura de mercado e inovação. Na realidade, os modelos disponíveis na literatura estabelecem previsões claras de acordo com os elementos envolvidos na análise das características específicas dos mercados analisados.

Como pontua o autor, "não significa dizer que não temos um modelo de estrutura de mercado e P&D, mas que temos muitos modelos e que é importante saber qual deles se adéqua a cada contexto de mercado" (tradução livre)²⁴¹. Posição semelhante é reverberada por KERBER²⁴², ao sustentar que a suposta inconclusividade da relação entre estrutura de mercado e inovação não leva a uma paralisia do antitruste, apenas ressalta que os *standards* tradicionais de concentração econômica podem desempenhar papel muito menor nessa análise, e outras características dos mercados podem ser muito mais importantes a depender das características do setor.

Do ponto de vista da formulação da política antitruste, a suposta incompatibilidade entre as visões de SCHUMPETER E ARROW é buscada na estruturação de princípios normativos para a análise antitruste que integram ambas as perspectivas. Para BAKER, as visões opostas sobre a relação entre estrutura de mercado e inovação podem ser harmonizadas em quatro princípios que seriam úteis para a complementação dessas perspectivas:

- **Princípio 1:** a concorrência pelo desenvolvimento de produtos ou processos coincidentes favorece a inovação. Quando várias empresas disputam a descoberta de

²³⁸ Por anos, essa vertente seria integrada pelas visões propostas por autores como Baker, Gilbert, Hovenkamp e Morton acerca da relação entre inovação e política antitruste. Os estudos dos mencionados autores serão examinados em profundidade nesta tese.

²³⁹ KATZ, M. L.; SHELANSKI, H. A. "Schumpeterian" competition and antitrust policy in high-tech markets. *Competition*, v. 14, n. 2, p. 234, 2005. Os autores defendem uma incorporação mais restrita da perspectiva dinâmica na prática das autoridades antitruste, justamente por desacreditarem na consistência teórica da hipótese schumpeteriana. É possível afirmar que os autores propõem uma solução endógena, isto é, que não perpassa o abandono completo ou substancial da perspectiva estática.

²⁴⁰ GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation Debate? *Innovation Policy and the Economy*, v. 6, pp. 159–215, 2006.

²⁴¹ "It is not that we don't have a model of market structure and R&D, but rather that we have many models and it is important to know which model is appropriate for each market context". GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, v. 6, p. 164, 2006.

²⁴² KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, p. 8, 2017. Nesse texto, o autor sustenta que a inconclusividade da teoria econômica não seria necessariamente um embaraço ao antitruste dinâmico, posto que há uma plêiade de teorias (schumpeterianas, evolucionárias e austríacas) que poderiam ser incorporadas para aprimorar as políticas de defesa da concorrência.

determinada inovação, como em uma corrida por uma patente, a competição claramente favorece a inovação.

- **Princípio 2:** a concorrência entre empresas que produzem bem ou serviço existente incentiva os concorrentes a buscarem novas formas de diminuir custos, aumentar a qualidade ou desenvolver novos produtos. Em outras palavras, as empresas que enfrentam menos pressões competitivas atuais têm menos incentivo a "fugir" da competição ao desenvolver novos produtos.
- **Princípio 3:** as empresas que esperam sofrer muita pressão competitiva após a inovação terão menos incentivos a inovar. Se não for garantido que a empresa inovadora terá benefícios superiores, ela certamente não terá interesse em se engajar em atividades de P&D.
- **Princípio 4:** a empresa terá incentivos adicionais a inovar se, ao fazê-lo, ela puder desencorajar competidores de investirem em P&D²⁴³.

A principal contribuição de BAKER para o debate é o reconhecimento de que a política antitruste não precisa de respostas gerais sobre a relação entre concorrência e inovação. Embora inexistam comprovações da estrutura de mercado ideal para a inovação, os princípios esclarecidos acima permitem que as autoridades identifiquem seletivamente configurações de mercados e tipos específicos de conduta em que se sabe que o *enforcement* poderá promover a inovação²⁴⁴.

Perspectiva semelhante a essa é advogada por SHAPIRO²⁴⁵. O autor reconhece que, a despeito da inexistência de uma fórmula universalmente válida, as premissas de SCHUMPETER E ARROW são amplamente convergentes, tendo em vista que, se, por um lado, a expectativa de retornos extraordinários induz a inovação, por outro, a abertura do processo competitivo e a possibilidade de novas entradas são críticas para o processo de inovação. De forma bastante convergente com a proposta de BAKER, SHAPIRO oferece três princípios-guia, que interagem de forma harmônica com essas perspectivas:

- **Princípio da contestabilidade:** a expectativa de ganhar ou proteger vendas gera maior valor aos consumidores e incentiva a inovação.
- **Princípio da apropriabilidade:** quanto maior a capacidade da empresa de capturar os benefícios da inovação, maior será o seu incentivo para inovar.

²⁴³ BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 579–581, 2007.

²⁴⁴ BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007.

²⁴⁵ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 361–404, mar. 2011.

- **Princípio da sinergia:** a combinação de ativos complementares pode estimular a inovação²⁴⁶.

A integração desses princípios permite que a política antitruste se conscientize de seu verdadeiro papel no contexto da relação entre concorrência e inovação. Principalmente na análise de condutas unilaterais de plataformas digitais, não se deve investigar se as estruturas de mercado mais ou menos concentradas são mais ou menos propensas à inovação, até mesmo porque não é função do antitruste construir a política de inovação nos mercados²⁴⁷. A discussão que se coloca é se uma conduta anticompetitiva que tem o potencial de excluir um rival é eventualmente capaz de beneficiar os consumidores ao promover a concorrência por inovação ou de prejudicá-los ao retardá-la²⁴⁸.

Consoante será discutido no Capítulo 6, mesmo que não haja fórmulas universais sobre a relação entre concentração de mercado e inovação, entendemos ser possível, a partir dos princípios elencados acima, estabelecer regimes de ilicitude e padrões de prova para condutas que provocam uma diminuição dos efeitos de apropriabilidade, contestabilidade e sinergias.

3.2.2. Mensurabilidade das eficiências dinâmicas

O segundo grande obstáculo à implementação das teorias de concorrência dinâmica relaciona-se ao predomínio do caráter estático das evidências econômicas.

Conforme ressaltado no item 2.2 deste Capítulo, uma das principais contribuições da Escola de Chicago foi, ao mesmo tempo, ter agregado cientificidade e simplicidade às análises de mercado levadas a cabo pelas autoridades antitruste. A elevada abstração dos modelos de concorrência gera simplificações que tornam viáveis a matematização e a realização de testes de cenários, o que, porém, não seria facilmente reproduzido em um paradigma antitruste schumpeteriano²⁴⁹.

Essa dificuldade de mensuração das eficiências dinâmicas, que já era, de certo modo, destacada pelos trabalhos de BRODLEY²⁵⁰, foi demonstrada de maneira ainda mais evidente em

²⁴⁶ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 363–365, 2011.

²⁴⁷ DELLER, D. *et al.* Competition and innovation in digital markets. *BEIS Research Paper Number: 2021/040 Report*, v. 1, pp. 12–13, abr. 2021.

²⁴⁸ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 363–367, mar. 2011.

²⁴⁹ HOVENKAMP, H. J. Schumpeterian competition and antitrust. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 5, p. 3, 2008. ("If we could predict successful innovations accurately then we could avoid launching the unsuccessful ventures and save enormous resources. These problems have proven to be significant obstacles for economic analysis of specific antitrust claims where the question is likely effects on innovation in the future").

²⁵⁰ Esse dilema já era, de certo modo, diagnosticado por Brodley, ao ponderar que, embora a eficiência dinâmica fosse a forma de eficiência mais importante para o bem-estar social, o seu nível de mensurabilidade jurídica (*legal mensurability*) seria o mais baixo de todas as formas de eficiência. De acordo com o autor: "*innovation efficiency*

estudos posteriores²⁵¹. Nesse sentido, EVANS E HYLTON explicam que, enquanto na análise econômica antitruste tradicional a formação de condutas e estruturas são valoradas a partir do que elas significam em termos de aumento de preços ou de diminuição de quantidades ofertadas, um ferramental econômico voltado à apreensão de eficiências dinâmicas teria que, frequentemente, medir a potencialidade do sucesso de ações voltadas à geração de novas tecnologias, o que seria, de certa maneira, impossível²⁵².

A questão que se coloca é se, e como, esse obstáculo pode ser superado. Mais uma vez podemos verificar respostas divergentes na literatura.

Para os adeptos de uma visão neoestruturalista, a incomensurabilidade das eficiências dinâmicas passaria ao largo de suas preocupações, pois, nessa ótica, o importante seria a intervenção antitruste garantir um processo intenso de competição e não necessariamente garantir eficiências, sejam elas estáticas, sejam elas dinâmicas²⁵³.

Mais uma vez, há um extremo oposto no espectro. Os autores que se filiam a uma leitura neoschumpeteriana da concorrência dinâmica sustentam que essa ausência de mensurabilidade das eficiências dinâmicas tornaria temerárias intervenções baseadas em alegações de redução de inovação²⁵⁴. De acordo com essa visão, por não ser possível apreender *a priori* a magnitude dos benefícios na análise de casos concretos, as autoridades antitruste deveriam adotar uma postura cautelosa ao enfrentar os *trade-offs* que surgem entre a preservação de ganhos de uma competição de longo prazo e as eficiências alocativas estáticas²⁵⁵.

appears resistant to measurement because it is difficult to assess the efficiency consequences of alternative innovation decisions" (BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. In: FIRTS, H.; FOZ, E. M.; PITOFISKY, *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal economic and political policy*. [s.l.]: Quorum Books, 1991. p. 101).

²⁵¹ OCDE. *Dynamic efficiencies in merger analysis*. Paris: OECD Publishing, 2007. p. 34–36. (descreve várias dificuldades de mensuração de eficiências dinâmicas que, ao fim e ao cabo, resultariam na seguinte conclusão: "a pessimistic view of the prospects for quantifying dynamic efficiencies appears to be warranted").

²⁵² EVANS, D. S.; HYLTON, K. N. The lawful acquisition and exercise of monopoly power and its implications for the objectives of antitrust. *Competition Policy International*, v. 4, n. 2, pp. 1–47, 2008.

²⁵³ KHAN, L. The new Brandeis movement: America's antimonopoly debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, p. 132, 2018. p. 132 ("the fixation on efficiency, in turn, has largely blinded enforcers to many of the harms caused by undue market power, including on workers, suppliers and innovators"); e WU, T. *The curse of bigness: antitrust in the new gilded age*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018. pp. 136–137.

²⁵⁴ Dentre as dificuldades de aplicação da perspectiva dinâmica, Ginsburg e Wright reconhecem que a aplicação do direito concorrencial com base na análise estática de Chicago traduziu-se historicamente em uma maior segurança e previsibilidade para as decisões das autoridades. Nesse aspecto, a introdução de elementos mais dinâmicos, mesmo no longo prazo, inevitavelmente geraria uma diminuição da certeza e da previsibilidade do direito, tanto na aplicação pelas agências quanto pelo judiciário. De acordo com os autores, essa incerteza é quase ínsita à perspectiva dinâmica, haja vista que envolve a formação de juízos sobre o futuro. Isso quer dizer que, ao adotarem tal perspectiva, as autoridades antitruste terão necessariamente maior discricionariedade, circunstância que deve ser ponderada em termos práticos (GINSBURG, D. H.; WRIGHT, J. D. Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, pp. 15–16, 2012).

²⁵⁵ O reconhecimento desse *trade-off* entre eficiências estáticas e dinâmicas, na aplicação da política antitruste dinâmica, é abordado em EVANS, D. S.; HYLTON, K. N. The lawful acquisition and exercise of monopoly power and its implications for the objectives of antitrust. *Competition Policy International*, v. 4, n. 2, pp. 1–47, 2008. Os autores

Em uma posição intermediária, os autores do movimento pós-Chicago argumentam que incorporar com seriedade a perspectiva dinâmica de concorrência no antitruste envolveria enfrentar o hercúleo desafio de traduzir as hipóteses de ARROW E SCHUMPETER em verificações empíricas minimamente confiáveis. Dessa maneira, mesmo que a perspectiva de concorrência dinâmica não envolva uma grande segurança proporcionada pelo uso de evidências econômicas estáticas, isso não quer dizer que ela seria de todo inútil para a análise antitruste²⁵⁶.

A utilidade do modelo de concorrência dinâmica estaria preservada se as autoridades antitruste conseguissem diferenciar as situações em que as chances de inovações são remotas daquelas em que são prováveis. Nos primeiros casos, a intervenção antitruste deveria considerar basicamente os efeitos de curto prazo da competição, ignorando quaisquer considerações dinâmicas. Nas demais hipóteses, a possibilidade de condutas empresariais estimularem o desenvolvimento de novos produtos ou serviços poderia servir para amenizar ou, talvez, até mesmo afastar o escrutínio antitruste²⁵⁷.

3.2.3. Custos de erros tipo I e tipo II

Por fim, um terceiro obstáculo à incorporação das teorias de concorrência dinâmica na política antitruste diz respeito à avaliação dos custos envolvidos na tomada de decisões que podem resultar em condenações ou absolvições equivocadas de condutas inovadoras.

A teoria de custos e riscos do antitruste tornou-se bastante difundida na literatura no século passado a partir dos trabalhos seminais de EASTERBROOK²⁵⁸. Referida teoria parte da premissa – pouco contestável – de que a aplicação das leis antitruste ocorre em um ambiente de incertezas e de informações imperfeitas sobre os efeitos econômicos das condutas²⁵⁹. Nesse contexto, devem ser considerados os custos de erros envolvidos na aplicação dessa lei, assim entendidos como os custos de julgamentos equivocados sobre os efeitos pró ou anticompetitivos de uma conduta ou, ainda, custos de decidir erroneamente se determinada prática é legal ou ilegal²⁶⁰.

defendem que a política antitruste norte-americana historicamente reconhece esse *trade-off*, na medida em que, desde os primeiros anos de aplicação do *Sherman Act*, tem se permitido que as empresas adquiram poder de mercado significativo e cobrem preços que refletem esse poder de mercado, com o intuito de desfrutar de retornos supracompetitivos. Cf. também GINSBURG, D. H.; WRIGHT, J. D. Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, pp. 12–48, 2012.

²⁵⁶ WALLER, S. W.; SAG, M. Promoting innovation. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 5, pp. 2223–2247, 2015.

²⁵⁷ HOVENKAMP, H. J. Schumpeterian competition and antitrust. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 5, p. 11, 2008.

²⁵⁸ EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, pp. 1–40, 1984; e EASTERBROOK, F. H. Ignorance and antitrust. In: *Antitrust, innovation, and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. pp. 119–136.

²⁵⁹ EASTERBROOK, F. H. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, pp. 1–40, 1984.

²⁶⁰ EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, pp. 1–40, 1984.

Nessa moldura, os custos de erros se dividem entre aqueles de proibir uma conduta pró-competitiva – conhecidos como custos de erro tipo I ou custos de falsas condenações – e de absolver uma conduta que teria efeitos anticompetitivos – conhecidos como custos de erros tipo II ou custos de falsas absolvições²⁶¹.

Além de descrever como surgem os custos, a teoria de EASTERBROOK propõe uma agenda de priorização do *enforcement*²⁶². Argumenta-se ser preferível que as autoridades assumam os custos de absolver uma conduta possivelmente anticompetitiva a suportar os custos de condenar uma conduta que poderia gerar efeitos pró-competitivos²⁶³. O autor justifica essa premissa ao alegar que o sistema econômico tenderia a corrigir as posições de monopólio de uma forma muito mais rápida do que os custos de erros judiciais poderiam ser corrigidos²⁶⁴.

Além disso, do ponto de vista econômico, as situações em que posições de monopólio, de fato, geram prejuízos ao bem-estar do consumidor – no sentido de excedente total – são consideradas raras, tendo em vista que mesmo pequenos ganhos de eficiência produtiva podem compensar aumentos expressivos de preços²⁶⁵.

A partir da década de 1970, essas proposições normativas exerceram grande influência na formulação de critérios jurídicos de apreciação de condutas unilaterais, tanto na tradição norte-americana quanto no direito comunitário europeu²⁶⁶. A moldura de custos e erros passou a ser um instrumento analítico importante para a implementação da ideologia da Escola de Chicago²⁶⁷.

Dada a notável influência dos estudos de EASTERBROOK, diversos autores propõem que a moldura de custos e erros deve ser revisitada nas discussões sobre concorrência e inovação. Não há, todavia, consensos sobre em que medida as particularidades dos mercados de alta tecnologia demandariam um revolvimento das premissas que estruturam a moldura de custos e erros do antitruste.

²⁶¹ LAMBERT, T. A. The limits of antitrust in the 21st century. *University of Kansas Law Review*, n. 68, p. 1101, 2020; e DEVLIN, A.; JACOBS, M. Antitrust error. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1, p. 79, 2010.

²⁶² EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, p. 16, 1984. ("the legal system should be designed to minimize the total costs of (1) anticompetitive practices that escape condemnation; (2) competitive practices that are condemned or deterred; and (3) the system itself").

²⁶³ EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, pp. 15–16, 1984. ("for a number of reasons, errors on the side of excusing questionable practices are preferable" e "we should prefer the error of tolerating questionable conduct, which imposes losses over a part of the range of output, to the error of condemning beneficial conduct, which imposes losses over the whole range of output").

²⁶⁴ EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, p. 2, 1984 ("if the court errs by condemning a beneficial practice, the benefits may be lost for good [...] If the court errs by permitting a deleterious practice, though, the welfare loss decreases over time").

²⁶⁵ EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, p. 16, 1984.

²⁶⁶ Por todos, cf. CHRISTIANSEN, A.; KERBER, W. Competition policy with optimally differentiated rules instead of "per se rules vs rule of reason". *Journal of Competition Law and Economics*, v. 2, n. 2, pp. 215–244, 2006.

²⁶⁷ HOVENKAMP, H.; MORTON, F. S. Framing the Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, p. 1870, 2020.

Para os autores de vertente neoestruturalista como NEWMAN²⁶⁸, LAO²⁶⁹, WU E HEMPHILL²⁷⁰, diante do aumento do nível de concentração nos mercados norte-americanos, os riscos de falsos negativos tenderiam a ser maiores do que os riscos falsos positivos, de maneira que as prescrições de EASTERBROOK deveriam ser invertidas. Tal inversão seria justificável principalmente no contexto dos mercados digitais em razão das suas características econômicas que reduziriam as chances de um incumbente atual ser desbancado por um novo entrante inovador²⁷¹.

De forma diametralmente oposta, influenciados pela vertente neoschumpeteriana, autores como WRIGHT E MANNE²⁷², RATO E PETIT²⁷³ e outros²⁷⁴ postulam que os custos de erro tipo I seriam ainda maiores no contexto de mercados dinâmicos, seja porque os conhecimentos econômicos aplicados à inovação seriam menos confiáveis em comparação com os modelos econômicos estáticos, seja em razão do próprio potencial intrínseco da inovação de gerar ganhos de bem-estar social de longo prazo. A rigor, mesmo no artigo original de EASTERBROOK era visível a crença no processo schumpeteriano de destruição criativa como um motor natural de correção das posições de monopólio²⁷⁵.

Essa abordagem tornaria recomendável o emprego de regras *per se* de licitude para condutas unilaterais inovadoras²⁷⁶ ou, pelo menos, um reforço dos regimes de ilicitude e padrões probatórios

²⁶⁸ NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, v. 72, n. 5, p. 1502, 2019 ("the balance of error costs is the inverse of what orthodox analysts previously assumed: false positives are relatively rare and costless, while false negatives are relatively common and costly").

²⁶⁹ LAO, M. No-fault digital platform monopolization. *William & Mary Law Review*, v. 61, n. 3, pp. 806–809, 2020 ("recent commentary has already cast considerable doubt on these conservative error-cost assumptions, and in the context of digital platform markets, the assumptions are even more suspect").

²⁷⁰ HEMPHILL, C. S.; WU, T. Nascent competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 1, pp. 1891–1892, 2020 ("in the economic language of error costs, such an approach fails to manage costly 'false negatives' (harmful clearances) by setting a rule in which the frequency of false negatives may be low but their size is large").

²⁷¹ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 4 ("the specific characteristics of many digital markets have arguably changed the balance of error cost and implementation costs, such that some modifications of the established tests, including allocation of the burden of proof and definition of the standard of proof, may be called for").

²⁷² MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Innovation and the limits of antitrust. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 1, p. 170, 2010 (argumenta amplamente que "the false positives problem is magnified in the context of technological innovation, both because of the immense value of the innovations and because of the increased likelihood of error").

²⁷³ RATO, M.; PETIT, N. Abuse of dominance in technology-enabled markets: established standards reconsidered? *European Competition Journal*, v. 9, n. 1, pp. 16–21; p. 65, 2013 ("the risk and cost of type I errors (false conviction) is significantly greater in those markets").

²⁷⁴ KOKKORIS, I. Innovation considerations in merger control and unilateral conduct enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 28, 2019. ("in dynamic markets and in the absence of sector regulation the potential risk of over-enforcement (Type I errors) should be preferable to under-enforcement (Type II errors)"); e AUER, D. et. al. Why sound law and economics should guide competition policy in the digital economy. *International Center for Law & Economics*, pp. 1–12, set. 2018.

²⁷⁵ EASTERBROOK, F. H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, p. 4, 1984. ("the gale of creative destruction produces victims before it produces economic theories and proof of what is beneficial").

²⁷⁶ MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Innovation and the limits of antitrust. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 1, pp. 196–197, 2010.

tradicionalmente pensados para condutas unilaterais²⁷⁷. Essa conclusão seria aplicável, sobretudo, aos mercados digitais examinados nesta tese²⁷⁸. De acordo com o que será apresentado nos Capítulos seguintes, o risco de erros tipo II são bastante invocados contra um *enforcement* mais incisivo em condutas unilaterais em plataformas digitais.

Mais uma vez, identificam uma corrente intermediária que privilegia o tratamento dos erros e custos de intervenção como uma metodologia de decisão tendencialmente agnóstica e apta a informar o uso de presunções jurídicas²⁷⁹, entretanto, em si dissociável da premissa da Escola de Chicago de que as posições de monopólio tendem a se autocorrigir no longo prazo. Nesse sentido, autores como BAKER²⁸⁰, HOVENKAMP E MORTON²⁸¹ E SALOP²⁸² argumentam que, sobretudo no campo das condutas unilaterais, os conservadores, de alguma maneira, subestimaram a importância dos falsos negativos e a reprodução das premissas de Chicago como uma aplicação equivocada da própria moldura de EASTERBROOK.

No que concerne à inovação, a aplicação dessa moldura, por outro lado, deve considerar a importância do processo competitivo sobre os incentivos à inovação²⁸³, de maneira a priorizar uma investigação específica dos efeitos e das eficiências alegadas²⁸⁴. O balanceamento de erros tipo I e tipo II continua tendo uma importância considerável, principalmente nas situações de incerteza sobre o futuro²⁸⁵. Todavia, a crença na autocorreção de mercados não deve prosperar quando os fatos mostrarem forte capacidade e incentivo de reduzir a concorrência em situações específicas, como mostrado pelas teorias do jogo desenvolvidas no contexto pós-Chicago²⁸⁶.

²⁷⁷ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 22/2015*, v. 41, n. 2, pp. 1–27, 2015.

²⁷⁸ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1663, 2013. ("because the error costs of overenforcement of antitrust laws in digital markets would be much higher than the error costs of underenforcement, courts and antitrust agencies should presume against antitrust intervention in digital industries"); e WRIGHT, J. D.; MUNGAN, M. C. The Easterbrook theorem: an application to digital markets. *The Yale Law Journal Forum*, v. 617, pp. 664–665, 2021.

²⁷⁹ BAKER, J. B. *The antitrust paradigm: restoring a competitive economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019. p. 75. ("when presumptions are applied, error cost are also essential in determining their strength").

²⁸⁰ BAKER, J. Taking the error out of "error cost" analysis: what's wrong with antitrust's right. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, pp. 1–38, 2015.

²⁸¹ HOVENKAMP, H.; MORTON, F. S. Framing the Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, pp. 1870–1871, 2020.

²⁸² SALOP, S. C. Dominant digital platforms: is antitrust up to the task? *The Yale Law Journal Forum*, v. 1, n. 2019, pp. 569–570, 2021.

²⁸³ BAKER, J. Taking the error out of "error cost" analysis: what's wrong with antitrust's right. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, p. 14, 2015.

²⁸⁴ BETHELL, O. J.; BAIRD, G. N.; WAKSMAN, A. M. Ensuring innovation through participative antitrust. *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 20, 2019.

²⁸⁵ FREDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. In: *Innovation policy and the economy 20*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. p. 144.

²⁸⁶ HOVENKAMP, H.; MORTON, F. S. Framing the Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, pp. 1870–1871, 2020 ("given the strong incentive that firms have to cease competing, and the

Ao nosso ver, a ideia de os erros tipo I serem maiores no contexto de mercados inovadores apoia-se na falsa premissa de que o conhecimento econômico sobre inovação seria por demais incerto para estruturar regimes de presunções específicos. Essa falsa premissa torna-se aparente no texto central de WRIGHT E MANNE²⁸⁷ sobre o tema, na medida em que os autores tentam fugir do argumento de GILBERT²⁸⁸ de que inexistem modelos de concentração de mercado universalmente válidos para a inovação²⁸⁹.

Em vez de fixar uma premissa única que determinaria o resultado dos testes de erros e custos, compreendemos ser mais adequado ponderar a utilização de regimes de presunção de ilicitude e de testes jurídicos que se alinhem à tentativa de endereçar esses riscos no contexto de mercados específicos. Esse exercício será desenvolvido no Capítulo 6 desta tese.

strong ability they have to reduce competition in the absence of antitrust laws, it is economically naïve to assume that markets will naturally tend toward competition").

²⁸⁷ GINSBURG, D. H.; WRIGHT, J. D. Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, pp. 12–48, 2012.

²⁸⁸ GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, v. 6, pp. 159–215, 2006.

²⁸⁹ Embora reconheçam a solidez do argumento de Gilbert no sentido de que se deve buscar evidências caso a caso dos incentivos à inovação, Ginsburg e Wright defendem que seria inadequado confiar na capacidade dos juízes de compreender a complexidade do debate sobre estrutura de mercado e inovação. GINSBURG, D. H.; WRIGHT, J. D. Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, p. 167, 2012. ("*where economic science generates indeterminate predictions, asking judges to resolve the debate requires an unrealistic degree of economic literacy*").

4. Conclusões do Capítulo

O Capítulo 1 pretendeu examinar como as relações entre concorrência e inovação são discutidas na teoria econômica antitruste. Após identificarmos os focos de convergência e divergências das variadas vertentes das teorias de concorrência dinâmica, é possível sistematizá-las e definir com precisão o marco teórico desta pesquisa.

Conforme proposto na tabela abaixo, podemos afirmar que existe um *cluster* de estudos que rejeitam a simplicidade do modelo estático de concorrência perfeita subjacente à Escola de Chicago. Esse *cluster*, identificado como teorias de concorrência dinâmica, enxerga as relações entre inovação e concorrência de uma forma mais madura do que a Escola de Chicago, na medida em que dialoga com as repercussões, para a política de concorrência, das teorias econômicas de inovação examinadas no item 2 deste Capítulo.

Todavia, tal como exposto acima, nesse *cluster* há divergências significativas sobre como, afinal, as autoridades antitruste devem lidar com alegações de que determinada conduta ou fusão pode gerar diminuições dos ritmos de inovação em determinado mercado relevante.

A partir das considerações feitas no item 3.2, entendemos ser viável identificar três vertentes de leituras das teorias de concorrência dinâmica.

Tabela 1 – Resumo das teorias de concorrência dinâmica

<p style="text-align: center;">Teorias de concorrência dinâmica</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Críticas ao modelo econômico estático da Escola de Chicago ▪ Agenda de priorização das eficiências dinâmicas ▪ Propostas de ressignificação do poder de mercado 			
	Neoestruturalistas	Pós-Chicago	Pós-Schumpeterianos
Relação entre concentração econômica e inovação	Estruturas de mercado desconcentradas favorecem a inovação	Aplicação dos princípios da contestabilidade, da apropriabilidade e das sinergias em investigações concretas	Lucros de monopólio incentivam os investimentos em inovação
Eficiências estáticas vs. eficiências dinâmicas	A intervenção antitruste deve se preocupar com a preservação do processo competitivo e não com as eficiências (estáticas ou dinâmicas)	É viável a verificação de eficiências dinâmicas quando há evidências de plausibilidade da inovação	As eficiências dinâmicas tendem a estar presentes no longo prazo, mesmo sendo dificilmente quantificáveis

Custos de erros tipo I e tipo II	Os custos de erros tipo II são maiores nos mercados digitais		Os custos de erros tipo I são ainda maiores em mercados dinâmicos
---	--	--	---

Fonte: elaboração própria.

A primeira dessas vertentes, relacionada a uma renovação do estruturalismo econômico, presume que a manutenção de níveis baixos de concentração de mercado seria necessariamente oportuna para o desenvolvimento da inovação. A segunda, cunhada de abordagem neoschumpeteriana, postula que, diante de incertezas, as autoridades antitruste devem confiar na obtenção de inovações de longo prazo e evitar intervenções baseadas na verificação de elevadas participações de mercado.

Por todos os motivos expostos ao longo deste Capítulo, esta tese adotará como seu marco teórico uma vertente intermediária – que chamaremos de vertente pós-Chicago – das teorias de concorrência dinâmica. Essa escolha requer que os riscos de diminuição da inovação nos mercados digitais sejam examinados a partir de teorias do dano que esclareçam em que contextos e sob quais condições surgem a capacidade e os incentivos das plataformas digitais dominantes em restringirem a inovação. Essa investigação será aprofundada nos Capítulos subsequentes.

CAPÍTULO 2: PLATAFORMAS DIGITAIS: CARACTERÍSTICAS ECONÔMICAS E IMPLICAÇÕES PARA A POLÍTICA ANTITRUSTE

A formação de plataformas ou de mercados de múltiplos lados não é uma novidade da economia digital. A existência de mercados que se organizam em torno de um agente com papel intermediador era percebida em outros setores econômicos tradicionais, tais os de telefonia, anúncios publicitários, meios de pagamento etc. Contudo, apenas a partir dos anos 2000, a teoria econômica aprofundou os aspectos diferenciais dos modelos de negócios. As repercussões desse desenvolvimento teórico são ainda mais recentes na literatura antitruste, o que tem levado diversas jurisdições a refletirem sobre a necessidade de adequação das metodologias tradicionalmente empregadas na análise de condutas ou de estruturas.

Diante da relevância que a economia de plataformas assume no funcionamento dos mercados digitais, o Capítulo 2 pretende explorar os aspectos econômicos fundamentais da formação desse modelo de negócios. Para tanto, serão abordados inicialmente os principais elementos constitutivos das estratégias de múltiplos lados e as adaptações mais relevantes que elas impõem à análise antitruste (item 1). Em seguida, será examinado como empresas que atuam na internet empregam as estratégias de plataformas para monetizar dados pessoais em mercados de ferramentas de buscas, redes sociais e *marketplaces* (item 2). Por fim, serão discutidas as principais fontes de poder de mercado das plataformas digitais (item 3).

1. Economia de plataformas

O desenvolvimento da economia digital está intimamente relacionado à difusão de modelos de negócios *online* que facilitam a intermediação entre diferentes grupos de consumidores. Esses negócios, via de regra, são identificados como plataformas (*platforms*)²⁹⁰ ou mercados de múltiplos lados (*multi-sided markets*)²⁹¹. São modelos de negócios em que um agente central estabelece

²⁹⁰ A expressão "plataformas de dois lados" (*two-sided platforms*) foi cunhada originariamente no trabalho pioneiro de Jean-Charles Rochet e Jean Tirole em 2003 (ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, pp. 990–1029, 2003.). No entanto, é possível afirmar que as particularidades econômicas dos modelos de negócios já haviam sido exploradas anteriormente, pelo menos nos trabalhos de Bernard Caillaud e Bruno Jullien (CAILLAUD, B.; JULLIEN, B. Competing cybermediaries. *European Economic Review*, v. 45, n. 4–6, pp. 797–808, 2001.) De toda sorte, há pouca clareza sobre as origens desse campo de pesquisa.

²⁹¹ Como observam David Evans e Richard Schmalensee, a rigor, na expressão "mercado de múltiplos lados" (*multi-sided market*), utilizada em diversos trabalhos sobre o tema, a palavra "mercados" assume sentido diferente daquele tradicionalmente empregado na literatura antitruste. (EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The industrial organization of markets with two sided platforms. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, p. 153, 2007.). Em vez de designar propriamente um espaço em que diversas empresas exercem pressão competitiva entre si, a expressão "mercado de

relações comerciais com dois ou mais grupos de consumidores distintos, de forma que a utilidade marginal atribuída à plataforma por determinado grupo de consumidores varia de acordo com a participação dos demais grupos situados nos outros lados da plataforma²⁹².

Atualmente, empresas como o *Google*, a *Apple*, o *Facebook* e a *Amazon* – que, juntas, formam o acrônimo GAFAM – exploram estratégias de múltiplos lados que realizam a monetização de dados e informações digitais. Por esse motivo, é bastante comum afirmar-se que a expansão de plataformas de múltiplos lados na economia digital representa um movimento de redução significativa de custos de transação, ao facilitar trocas entre grupos de usuários submetidos a diferentes níveis informacionais sobre as condições de oferta e de demanda.

Embora 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 descentralizadas²⁹³. Independentemente do bem ou serviço transacionado, as plataformas passaram a utilizar o armazenamento e a sistematização de informações sobre a qualidade e a confiabilidade de ofertas comerciais no direcionamento de opções de correspondências (*matching*) entre os grupos de usuários intermediados por meio de avaliações de dados²⁹⁴.

A literatura tem debatido em que medida os modelos de negócios exigem adaptações na aplicação da metodologia antitruste tradicional, seja por propiciarem formas de abuso de poder econômico baseadas na exploração de dados, seja por desafiar o exame de efeitos anticompetitivos não relacionados a preços. Este item deste Capítulo sistematiza essas discussões. Para tanto, serão brevemente explorados alguns aspectos essenciais da teoria econômica de plataformas (item 1.1). Em seguida, serão delimitados os elementos que integram ou definem o modelo de plataformas (item 1.2.). Por fim, serão aprofundados os principais desafios envolvidos na análise antitruste de plataformas (item 1.3).

1.1. Teoria econômica de plataformas de múltiplos lados

Embora seja comum denominar empresas ou mesmo mercados inteiros a partir da referência ao modelo de plataformas, a rigor, as expressões "plataformas" ou "mercados de múltiplos lados"

múltiplos lados" significa mais acertadamente um modelo de negócio utilizado pelas empresas. Todavia, devido à popularidade dessas expressões, nesta tese, elas serão empregadas como sinônimos intercambiáveis.

²⁹² O conceito atribuído às expressões "plataformas" ou "mercados de múltiplos lados" será examinado no item 2.1 deste Capítulo.

²⁹³ HAUCAP, J.; STÜHMEIER, T. Competition and antitrust in internet markets competition and antitrust in internet markets. In: *Handbook on the economics of the internet network*. [s.l.: s.n.]: 2016. pp. 184–185.

²⁹⁴ SCHWEITZER, H. et. al. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17*, pp. 6–7, 2018.

designam mais especificamente modelos de negócios, ou seja, alinhamentos de decisões sobre alocação de oferta²⁹⁵. Essa observação é importante para o contexto desta tese por diversas razões, sobretudo porque uma empresa que atua como plataforma pode vir a competir com agentes econômicos que funcionam sob a lógica de lado único²⁹⁶. Por isso, na linha de estudos contemporâneos sobre o tema²⁹⁷, esta tese não empregará a expressão "mercados de múltiplos lados", mas as expressões "plataformas de múltiplos lados" ou "modelos de negócios de múltiplos lados", sendo as duas últimas utilizadas de forma equivalente.

O modelo de plataformas ou mercados de múltiplos lados passou a ser explorado na teoria econômica, no início dos anos 2000, a partir dos trabalhos de ROCHET E TIROLE²⁹⁸, CAILLAUD E JULLIEN²⁹⁹, ARMSTRONG³⁰⁰ E EVANS³⁰¹. Esses autores investigam como conceitos-chave das teorias de organização industrial, tais como a teoria de redes e a teoria da firma, poderiam ser aplicados à lógica de múltiplos lados³⁰².

A rigor, o conceito de plataformas ou de negócios de múltiplos lados carece de uniformidade teórica³⁰³, o que se revela de certo modo problemático, uma vez que diversos trabalhos sustentam que princípios e *standards* da análise antitruste deveriam ser adaptados à lógica de múltiplos lados³⁰⁴. O debate sobre o modelo de plataformas exigir ou não uma incidência diferenciada da legislação antitruste em mercados digitais, a propósito, percorrerá de forma transversal esta

²⁹⁵ RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, pp. 126–127, 2009. Conforme será explicado no item 1.3.1 deste Capítulo, existe uma mobilidade ou mutabilidade nas decisões das empresas que a aproximam ou a distanciam dos modelos de negócios de plataformas. O uso da expressão "mercados de múltiplos lados" é criticado em trabalhos como os de EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The industrial organization of markets with two sided platforms. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, p. 153, 2007.

²⁹⁶ KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, p. 2148, 2018.

²⁹⁷ Nesse sentido, cf. OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OCDE Publishing, 2018. p. 9; e GRAEF, I. *Data as essential facility: competition and innovation on online platforms*. [s.l.] 2016. p. 31.

²⁹⁸ CAILLAUD, B.; JULLIEN, B. Chicken and egg: competition among intermediation service providers. *The RAND Journal of Economics*, v. 34, n. 2, pp. 309–328, 2003.

²⁹⁹ ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, pp. 990–1029, 2003.

³⁰⁰ ARMSTRONG, M. Competition in two-sided markets. *The RAND Journal of Economics*, pp. 1–32, maio 2006.

³⁰¹ EVANS, D. S. The antitrust economics of two-sided markets. *Yale Journal on Regulation*, v. 20, n. 2, 2003.

³⁰² AUER, D.; PETIT, N. Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into antitrust policy. *The Antitrust Bulletin*, pp. 6–7, 2015. Por fim, cf. WRIGHT, J. One-sided logic in two-sided markets. *Review of Network Economics*, v. 3, n. 1, pp. 44–64, 2004. O autor identifica oito falácias comuns da teoria de preços que não se aplicam a mercados de dois lados, como, por exemplo, (i) a ideia de que altas margens de lucro são indicativos de poder de mercado; (ii) a percepção de que preços abaixo do custo indicam predação; e (iii) o pressuposto de que a concorrência favorece estruturas de preços mais eficientes.

³⁰³ SANCHEZ-CARTAS, J. M.; LEON, G. Multisided platforms and markets: a literature review. *CAIT Working Papers*, p. 2, maio 2018; OCDE. Two-sided markets. *Policy Roundtables*, pp. 1–248, 2009 ("there is not yet a universally accepted definition of a two-sided market"); e HOVENKAMP, E. Platform antitrust. *Journal of Corporation Law*, v. 1, n. 1, p. 9, 2019 ("there is no universally-adopted definition of a two-sided platform").

³⁰⁴ KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, p. 2128, 2018. A posição excepcionalista é defendida em EVANS, D. S. Essential principles for the design of antitrust analysis for multisided platforms. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–30, out. 2018. No mesmo sentido, cf. GÜRKAYNAK, G. *et. al.* Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 5, n. 1, pp. 100–129, 2017.

pesquisa, com foco especial na questão da inovação.

O termo "mercado de dois lados" foi utilizado inicialmente nos trabalhos de ROCHET E TIROLE³⁰⁵, para designar o funcionamento de um modelo de negócio em que determinada empresa seria capaz de "afetar o volume de transações ao cobrar mais de um lado do mercado e reduzir o preço pago pelo outro lado em igual proporção" (tradução livre)³⁰⁶. Essa definição ressalta que, em um mercado de dois lados, a estrutura de preço (*price structure*) – e não apenas da soma dos valores cobrados de cada um dos grupos de consumidores (*level price*) – se torna determinante para "trazer os dois lados a bordo" (tradução livre)³⁰⁷.

Esse conceito inicial, no entanto, atraiu diversas críticas por sua abrangência, haja vista que qualquer empresa que estabelecesse o preço cobrado do consumidor a partir dos gastos com insumos poderia virtualmente ser considerada uma plataforma³⁰⁸.

Outra definição que ganhou bastante destaque na literatura é atribuída a EVANS E SCHMALENSEE³⁰⁹. Esses autores se referem às plataformas de múltiplos lados como empresas que conectam dois ou mais grupos de consumidores que precisam um do outro de alguma maneira e que não podem capturar valor da sua atração mútua sozinhos, de sorte que a plataforma atua como um catalisador para facilitar as interações entre tais grupos. Esse conceito é acolhido em publicações subsequentes e, de certo modo, espelha as principais características atribuídas a tal modelo de negócio na literatura dominante.

Além dessas principais conceituações, porém, há propostas que acrescentam critérios mais restritivos à identificação de plataformas. Nesse sentido, GLEN WELY³¹⁰ sustenta que as plataformas de dois lados são empresas: (i) multiprodutos, isto é, que ofertam serviços distintos para cada lado do mercado; (ii) que se beneficiam de efeitos de rede cruzados; e (iii) que possuem poder de mercado em relação a ambos os lados da plataforma. Da mesma forma, KATZ E SALLET³¹¹ integram no conceito a presença de poder de mercado em relação a pelo menos um dos grupos.

³⁰⁵ ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, pp. 990–1029, 2003.

³⁰⁶ ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Two-Sided markets : a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, pp. 664–665, 2006.

³⁰⁷ ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Two-sided markets : a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, pp. 664–665, 2006.

³⁰⁸ HERMALIN, B. E.; KATZ, M. L. What's so special about tw-sided markets? *SSRN Electronic Journal*, v. 99, n. 4, p. 305, 2016 (argumenta-se que "any firm can be viewed as facilitating 'transactions' between its input suppliers and output buyers").

³⁰⁹ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The industrial organization of markets with two sided platforms. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 153–154, 2007; e EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. In: *Oxford handbook on international antitrust economics*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 409.

³¹⁰ WEYL, E. G. A price theory of multi-sided platforms: a price theory of multi-sided platforms. *The American Economic Review*, v. 100, n. 4, pp. 1642–1672, 2015.

³¹¹ KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, p. 2150, 2018.

De maneira mais restritiva, autores como HAGIU E WRIGHT³¹² propõem que mercados de múltiplos lados são aqueles que permitem interações diretas entre dois ou mais lados da plataforma e, ao mesmo tempo, mantêm vários lados afiliados à plataforma. Tal definição excluiria, portanto, plataformas *e-commerce* que apenas cobram tarifas de intermediação.

Essa pluralidade de definições faz com que algumas empresas verticalmente integradas ou que atuam em mercados relacionados possam ou não ser consideradas plataformas, a depender do critério preponderante utilizado. De um lado, definições mais amplas ensejam o risco de se afastarem pressupostos tradicionais da análise antitruste mesmo quando a conduta analisada em si amolda-se a uma lógica de mercado de lado único. Por sua vez, definições restritivas podem retirar do campo de incidência da lógica de plataformas determinados modelos de negócios, sobretudo quando não é possível identificar com clareza o grau de controle que a plataforma exerce sobre as intermediações.

Contudo, conforme será discutido a seguir, mais importante do que desvendar uma definição única para as plataformas ou negócios de múltiplos lados é entender a forma de funcionamento que essas estratégias comerciais assumem³¹³. Nesse sentido, esta tese pretende fixar alguns elementos que permitem, de maneira razoavelmente segura, identificar a organização de plataformas e separá-las de estruturas verticalizadas de produção³¹⁴.

1.2 Elementos constitutivos das plataformas

Para os fins deste trabalho, entende-se não ser oportuno acolher apenas uma definição das estratégias de plataformas ou de mercados de múltiplos lados. Em vez disso, esta tese se alinha a estudos contemporâneos que focam menos no conceito de plataformas e mais na relevância prática da identificação dos modelos de negócios para a análise antitruste em concreto³¹⁵.

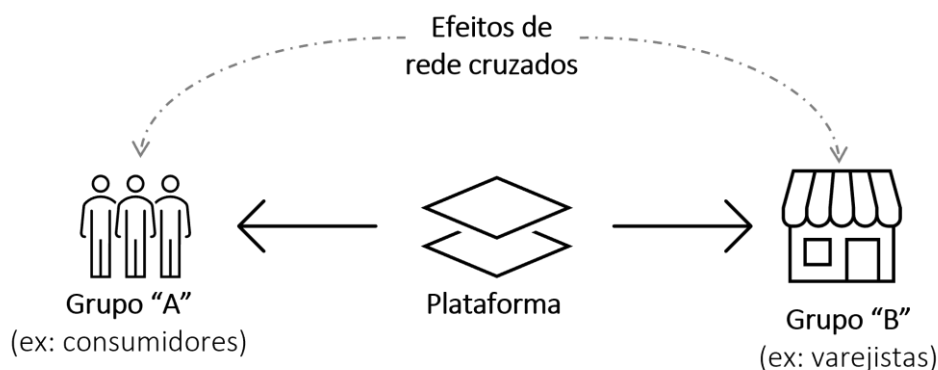
³¹² HAGIU, A.; WRIGHT, J. Multi-sided platforms. *Working Paper Harvard Business School*, 2015.

³¹³ RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, p. 127, 2009.

³¹⁴ Esses elementos correspondem, em linhas gerais, à definição apresentada em EVANS, D. S. The antitrust economics of two-sided markets. *Yale Journal on Regulation*, v. 20, n. 2, 2003; e OCDE. Two-sided markets. *Policy Roundtables*, pp. 1–248, 2009.

³¹⁵ Nesse sentido, cf. OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 10 ("the multi-sidedness of a market may depend on the nature of the investigation"); AUER, D.; PETIT, N. Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into antitrust policy. *The Antitrust Bulletin*, p. 13, 2015 ("when looking at the wider implications of the two-sided market theory, it is apparent that they cannot be generalized and that they are often not independent from the thing to be explained"); e HOVENKAMP, E. Platform antitrust. *Journal of Corporation Law*, v. 1, n. 1, p. 9, 2019 ("two-sidedness is a matter of degree [...] most bright-line definitions are either under- or over-inclusive").

Figura 5 – Ilustração do modelo de plataformas de múltiplos lados



Fonte: elaboração própria.

Sem embargos das divergências teóricas discutidas acima, o modelo de negócio de plataformas pode ser definido (i) pela predominância de interações entre grupos de consumidores distintos mediados por um intermediário e (ii) pela existência de efeitos de redes cruzados entre os distintos grupos de consumidores que interferem na definição da estrutura de preços.

1.2.1. Interações diretas entre grupos de consumidores distintos

A adoção de estratégias de plataformas exige inicialmente a presença de dois ou mais grupos de consumidores, ofertantes ou usuários, cujas transações são intermediadas por um agente central³¹⁶. Referidos grupos são interdependentes, de forma que a intermediação gera, para pelo menos um deles, valor que não poderia ser gerado na mesma extensão com trocas diretas³¹⁷. É o que ocorre, por exemplo, entre usuários de ferramentas de buscas *online* e empresas que anunciam seus produtos nessa plataforma.

Ao se estabelecer, a plataforma enfrenta o desafio de atrair, de forma equilibrada, cada um desses grupos sem ter uma garantia prévia da demanda coordenada, situação conhecida na literatura

³¹⁶ EVANS, D. S. The antitrust economics of two-sided markets. *Yale Journal on Regulation*, v. 20, n. 2, p. 329, 2003; ARMSTRONG, M. Competition in two-sided markets. *The RAND Journal of Economics*, p. 668, 2006; e ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Two-sided markets : a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, p. 641, 2006.

³¹⁷ FILISTRUCCHI, L.; GERADIN, D.; DAMME, E. van. Identifying two-sided markets. *TILEC Discussion Paper*, v. 1, p. 4, 2012. Essa característica é enfatizada na definição de plataformas apresentada em EVANS, D. S.; SCHMALENSSEE, R. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. In: *Oxford handbook on international antitrust economics*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 409.

como *chicken-and-egg problem*³¹⁸. Uma das formas de superar esse dilema é subsidiando a entrada de consumidores de um lado da plataforma nos períodos iniciais de seu funcionamento, para atrair ofertantes do outro lado da plataforma, e, em seguida, recuperar o valor perdido, fixando-lhes preços acima do seu custo marginal³¹⁹.

A depender da dinâmica do comportamento dos clientes, as chances de uma nova plataforma se estabelecer com sucesso no mercado dependerão da obtenção de uma massa crítica (*critical mass*) de consumidores de ambos os lados³²⁰. Nessa lógica, é particularmente relevante para a caracterização de uma plataforma digital a ocorrência ou pelo menos a predominância de interações econômicas diretas entre os grupos intermediados³²¹. A existência dessas interações diretas é apontada por autores como HAIGU E WRIGHT³²² como critério definitivo de identificação das plataformas em oposição aos modelos de negócios verticalizados em que um agente adquire insumos em um mercado *upstream* e revende produtos ou serviços em um mercado *downstream*³²³.

Embora existam modelos de negócios que não se reduzam a esses dois extremos, o requisito de intermediações diretas afigura-se como uma *proxy* útil para diferenciar as plataformas digitais de outras estratégias empregadas por agentes econômicos na internet³²⁴. As plataformas digitais provêm verdadeiro "espaço virtual", no qual ofertantes e consumidores se encontram³²⁵. Essa descrição enfatiza que o agente econômico que emprega esse modelo de negócio não atua em uma

³¹⁸ CAILLAUD, B.; JULLIEN, B. Chicken and egg: competition among intermediation service providers. *The RAND Journal of Economics*, v. 34, n. 2, pp. 309–328, 2003; e ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, p. 641, 2006.

³¹⁹ RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, p. 129, 2009; e CUSUMANO, M. A.; GAWER, A.; YOFFIE, D. B. *The business of platforms: strategy in the age of digital competition, innovation and power*. Nova Iorque: HarperCollins Publishers, 2019. p. 76.

³²⁰ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Failure to launch: critical mass in platform businesses. *Review of Network Economics*, v. 9, n. 4, 2010; e GRAEF, I. Data as essential facility: competition and innovation on online platforms. 410 f. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculty of Law, 2016. p. 38.

³²¹ A ocorrência de transações diretas é destacada como elemento central dos conceitos de plataformas digitais apresentados na UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document: online platforms*. Bruxelas: 2016. p. 2; MARTENS, B. An economic policy perspective on online platforms. JRC Technical Reports. Institute for Prospective Technological Studies. *Digital Economy Working Paper*, p. 18, 2016; ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. Digitale Ökonomie: Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, p. 13, 2015; e VOLMAR, M. *Digitale Marktmacht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019. pp. 74–75.

³²² HAGIU, A.; WRIGHT, J. Marketplace or reseller? *Management Science*, v. 61, n. 1, pp. 184–203, 2015.

³²³ Esses autores propõem que a configuração de uma estratégia de negócio de múltiplos lados depende da satisfação de duas condições: (i) interações diretas entre vendedores e compradores em lados distintos e (ii) realização de investimentos desses agentes que se filiam à plataforma, de modo que a saída dela torna-se onerosa para os grupos intermediados. Nesse sentido, cf. HAGIU, A.; WRIGHT, J. Multi-sided platforms. *Working Paper Harvard Business School*, pp. 5–6, 2015.

³²⁴ SCHWEITZER, H.; FETZER, T.; PEITZ, M. Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen. *ZEW Discussion Papers*, v. 16–042, p. 4, 2016, p. 4; e VOLMAR, M. *Digitale Marktmacht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 74–76, 2019.

³²⁵ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document: online platforms*. Bruxelas: 2016. p. 3.

cadeia de valor linear e tampouco detém o controle do objeto da transação ou de seus parâmetros essenciais – *e.g.* preço, quantidade ofertada e qualidade do produto ou serviço³²⁶.

Os grupos intermediados ainda detêm a capacidade de definir os termos das transações, porém se filiam à plataforma em cada um dos lados, fazendo investimentos necessários que permitem que ela proveja a intermediação direta³²⁷. A atuação da plataforma em termos de trocas econômicas, assim, restringe-se à cobrança de preços pela filiação à plataforma. No caso daquelas baseadas em anúncios, consoante será discutido neste Capítulo, a intermediação é realizada de maneira mais complexa, com a monetização de dados e de atenção dos usuários³²⁸.

Dentre as interações diretas ocorridas nas plataformas digitais, as mais comuns se realizam entre compradores e vendedores (*e.g.* *Amazon* e *Mercado Livre*), anunciantes e usuários de ferramentas de buscas (*e.g.* *Google* e *Yahoo*) ou redes sociais (*e.g.* *Facebook*, *Twitter* ou *LinkedIn*), desenvolvedores de aplicativos e usuários de sistemas operacionais (*e.g.* *Apple Store* ou *Google Play*) e, ainda, entre ofertantes de serviços de acomodação e clientes (*e.g.* *AirBnB* e *Booking*)³²⁹. Em todos esses casos, a plataforma fornece verdadeiro "espaço" virtual para as transações.

Considerando o requisito de intermediação direta entre dois ou mais grupos de consumidores, a definição de plataformas digitais aqui estabelecida exclui modelos de negócios que, mesmo explorados por meio da internet, não envolvem a aproximação de dois ou mais grupos distintos de usuários³³⁰.

É o caso de negócios diretos entre empresas e consumidores (*business to consumer* ou *B2C*), como os *websites* de *e-commerce* voltados à venda de produtos da própria empresa *online* (*e.g.* *Amazon Prime*) ou de serviços de *streamings* baseados em assinaturas (*e.g.* *Netflix*, *YouTube Premium* ou *Spotify Premium*), na medida em que servem apenas a um grupo de consumidores e não proporcionam propriamente intermediações.

³²⁶ MARTENS, B. An economic policy perspective on online platforms. JRC Technical Reports. Institute for Prospective Technological Studies. *Digital Economy Working Paper*, p. 16, 2016; e ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. THINK TANK INTERNET. *Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*. Bonn: BKartA, 2016. pp. 15–16.

³²⁷ HAGIU, A.; WRIGHT, J. Multi-sided platforms. *Working Paper Harvard Business School*, pp. 5–6, 2015.

³²⁸ Vide item 2.3 deste Capítulo.

³²⁹ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document: online platforms*. Bruxelas: 2016. p. 4.

³³⁰ A exclusão desses grupos do conceito de plataformas digitais é adotada em OCDE. *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 11; e ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Digitale Ökonomie: Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz*, p. 11–14, 2015.

1.2.2. Presença de efeitos de rede

Além da intermediação de distintos grupos de consumidores, as plataformas de múltiplos lados são caracterizadas pela presença de efeitos de redes indiretos entre os vários grupos de consumidores³³¹. A teorização desse fenômeno é usualmente remetida a trabalhos clássicos como os de KATZ E SHAPIRO, que, na década de 1980, observavam que, em alguns mercados específicos, "a utilidade que um consumidor atribui a certos bens ou serviços varia conforme o número de outros agentes que os consomem" (tradução livre)³³².

O aumento da utilidade marginal do bem ou serviço pode ocorrer tanto em função de um crescimento direto da rede que lhe dá suporte quanto em função do aumento da oferta de bens e serviços prestados em um mercado complementar à rede. Na primeira hipótese, estaríamos diante de efeitos positivos diretos de rede, enquanto, na segunda, estaríamos diante dos efeitos positivos indiretos de rede³³³.

A teoria econômica sobre mercados de múltiplos lados confere bastante ênfase à presença de externalidades de redes indiretas na formação de uma plataforma. Nesses modelos de negócios, porém, os efeitos de rede indiretos se apresentam de forma cruzada ou inter-relacionada entre os grupos de consumidores³³⁴. Por essa razão, tais efeitos de rede indiretos são cunhados na literatura como "efeitos de redes cruzados"³³⁵, "efeitos de rede de dois lados"³³⁶ ou, ainda, "efeitos *feedback*"³³⁷.

Ao interagir com o agente central, os distintos grupos de usuários não consideram o valor positivo ou negativo que a sua entrada na plataforma gera para os outros grupos de consumidores, o

³³¹ A maioria das definições de plataformas de múltiplos lados disponíveis na literatura apresenta como elemento crucial das plataformas a presença de externalidades de redes. Nesse sentido, cf. SANCHEZ-CARTAS, J. M.; LEON, G. Multisided platforms and markets: a literature review. *SSRN Electronic Journal*, p. 2, 2019 ("the vast majority of the literature has opted for using a simpler and straightforward definition, also highlighted by Rochet and Tirole, the presence of indirect network effect"); AUER, D.; PETIT, N. Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into antitrust policy. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 3, 2015 ("it is now undisputed that there must be indirect network externalities, or cross-platform externalities, to have a two-sided market").

³³² KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Network externalities, competition, and compatibility. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3, p. 424, 1985.

³³³ KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Systems competition and network effects. *Journal of Economic Perspectives*, v. 8, n. 2, pp. 93–115, 1994.

³³⁴ PARKER, G. G.; VAN ALSTYNE, M. W. Two-sided network effects: a theory of information product design. *Management Science*, v. 51, n. 10, p. 1496, 2005.

³³⁵ OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OCDE Publishing, 2018. p. 10; e KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, pp. 2159–2160, 2018.

³³⁶ PARKER, G. G.; VAN ALSTYNE, M. W. Two-sided network effects: a theory of information product design. *Management Science*, v. 51, n. 10, pp. 1494–1504, 2005.

³³⁷ EVANS, D. S. The antitrust economics of two-sided markets. *Yale Journal on Regulation*, p. 64, 2003; e HOVENKAMP, E. Platform antitrust. *Journal of Corporation Law*, v. 1, n. 1, p. 12, 2019.

que dá origem a externalidades³³⁸. Essas externalidades, por sua vez, são internalizadas pelo agente central a partir de estratégias de precificação não neutras, isto é, que levam em conta as inter-relações que se estabelecem entre os grupos intermediados.

Nas plataformas digitais, podem ser observados tanto efeitos de rede convencionais, assim entendidos como aqueles que decorrem puramente da atração mútua de usuários quanto efeitos de rede baseados em dados³³⁹ (*data-driven network effects*), estes compreendidos como efeitos decorrentes de ganhos de escala e de escopo na obtenção e no processamento de dados. Para os fins desta tese, no entanto, a última categoria será abordada na avaliação das economias de escala e de escopo na obtenção e no tratamento de dados, característica apresentada detalhadamente no item 3.1 deste Capítulo.

Por sua vez, os efeitos de rede diretos são percebidos principalmente em plataformas digitais de redes sociais (*e.g. Facebook, Twitter ou LinkedIn*) ou de comunicação instantânea (*e.g. WhatsApp ou Skype*)³⁴⁰. Nesses mercados, ao menos em teoria, é possível presumir que o valor atribuído pelos potenciais novos clientes à plataforma cresce em função do número de usuários nela registrados. Pois, tudo o mais constante, o consumidor terá preferência por se associar a uma rede social ou a um serviço de comunicação instantânea que lhe permita conectar-se a um maior número de usuários³⁴¹.

A existência de efeitos de redes diretos no lado dos usuários tem sido apontada na literatura como uma poderosa fonte de dominância de operadoras de redes sociais como o *Facebook*, posto que esses efeitos podem "enclausurar" os consumidores em determinada plataforma³⁴². Em termos práticos, a formulação de um juízo de poder de mercado a partir da identificação de efeitos de redes diretos deve ancorar-se em informações qualitativas sobre o mercado que reforcem a presunção de linearidade entre o crescimento da base de usuários e a atratividade da plataforma³⁴³. Ademais,

³³⁸ FILISTRUCCHI, L.; GERADIN, D.; DAMME, E. van. Identifying two-sided markets. *TILEC Discussion Paper*, v. 1, p. 5, 2012.

³³⁹ Essa classificação, aqui acolhida pela sua elucidação didática, é apresentada em OCDE. Big data: bringing competition policy to digital era. *Background paper by the Secretariat*. Paris: 2016. p. 10 ("unlike the brick-and-mortar retail economy, modern business models are frequently characterized by data-driven network effects that can improve the quality of the product or service").

³⁴⁰ HAUCAP, J.; STÜHMEIER, T. Competition and antitrust in internet markets competition and antitrust in internet markets. In: *Handbook on the economics of the internet network*. [s.l.: s.n.]: 2016. p. 184; e OCDE. *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 22.

³⁴¹ MÄIHÄNIEMI, B. *Competition law and big data: imposing access to information in digital markets*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 60; e VOLMAR, M. *Digitale Marktmacht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019. pp. 76–77.

³⁴² FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 37. Destaca-se que, mesmo autores mais conservadores entendem que, no caso das plataformas de redes sociais, os argumentos de poder de mercado relacionados a efeitos de rede diretos podem ter alguma relevância (YUN, J. M. Does antitrust have digital blind spots? *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, p. 7, maio 2020.).

³⁴³ WALLER, S. W. Antitrust and social networking. *North Carolina Law Review Review*, v. 90, p. 17789, 2012.

deve-se avaliar em que medida as preferências dos consumidores ao redor da plataforma são homogêneas ou não³⁴⁴.

Ao analisar o caso *Facebook/WhatsApp*³⁴⁵, a Comissão Europeia concluiu que, embora o tamanho da base de usuários de um serviço de comunicação instantânea como o *WhatsApp* realmente indique ser mais provável que o consumidor encontre maiores oportunidades de descoberta de contatos, a percepção de que o aplicativo é uma tendência entre grupos de usuários "despojados" também constitui relevante fator competitivo³⁴⁶. De forma semelhante, em decisão que condenou o *Facebook* por abuso de posição dominante traduzido no uso massivo de dados dos usuários, o *Bundeskartellamt* entendeu que os serviços de redes sociais são marcados por efeitos de redes diretos baseados na identidade (*identitätsbasierte Netzwerkeffekte*), dado que o propósito do usuário é se comunicar com amigos e contatos específicos³⁴⁷.

Para além desses efeitos de redes diretos observáveis de forma mais intensa em redes sociais e aplicações de comunicação instantânea, um elemento comum de todas as plataformas digitais diz respeito à presença dos efeitos de rede indiretos de plataformas, cuja natureza se difere substancialmente daqueles verificados em mercados de lado único³⁴⁸.

Em *marketplaces* como *Amazon*, *eBay*, *Mercado Livre*, é evidente que o número de vendedores de um lado da plataforma aumenta o interesse de mais compradores se filiarem a ela³⁴⁹. Fenômeno semelhante ocorre em plataformas de economia compartilhada (*e.g. Uber, AirBnB*) ou mesmo em *websites* de agendamento de viagens como o *Booking*. Mesmo em redes sociais (*e.g. Facebook e Twitter*), além da atração mútua de consumidores no mesmo lado da plataforma (efeitos de redes diretos), há ainda efeitos de redes indiretos, tendo em vista que, à medida que mais usuários entram na rede social, o número de aplicativos oferecidos à plataforma (*e.g. jogos e outras utilidades*) também tende a crescer³⁵⁰.

³⁴⁴ YOO, C. S. When antitrust met Facebook. *George Mason Independent Law Review*, v. 1, p. 5111, 2012. ("heterogeneity of customer preferences can offset the demand-side scale economies associated with network effects").

³⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Case M.7217 – Facebook/WhatsApp. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, p. 36, 2014.

³⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, p. 36, § 89, 2014 ("perceived trendiness and 'coolness' amongst groups of users is also an important factor in attracting new users and thus shaping the competitive landscape").

³⁴⁷ ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt v. Facebook- B6-22/16*, pp. 1–309, § 273, 2019 ("Da es hierbei nicht nur um die Gesamtzahl verfügbarer Personen, sondern auch um die Identität der erreichbaren Nutzer geht, handelt es sich um, identitätsbasierte 'Netzwerkeffekte'").

³⁴⁸ OCDE. *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. Paris: OECD Publishing, 2019. pp. 22–23.

³⁴⁹ DUNNE, N. Implications of e-commerce for competition policy. *OCDE. Background Paper by the Secretariat*, pp. 14–15, 2018.

³⁵⁰ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 163–165.

A identificação de tais efeitos de rede indiretos, no entanto, tende a ser mais complexa nas plataformas digitais baseadas por anúncios, como ferramentas de buscas *online*. Pois, nesses casos, há uma assimetria considerável nas atrações que se estabelecem entre os lados da plataforma. Se, por um lado, a presença adicional de usuários aumenta a atratividade da plataforma para os anunciantes, por outro, a recíproca não parece ser verdadeira, uma vez que a tendência desses usuários é rejeitar os anúncios na plataforma³⁵¹. Essa assimetria dos efeitos de redes indiretos, a propósito, suscita questionamentos sobre o próprio enquadramento dos modelos de negócios como plataformas, consoante será apresentado em seguida.

Em conformidade com o que se verá ao longo desta tese, os efeitos de rede assumem centralidade na explicação econômica do poder de mercado das plataformas digitais³⁵². A rigor, as principais divergências na literatura sobre a adequação das ferramentas tradicionais do antitruste para lidar com a economia digital refletem justamente diferentes interpretações sobre como tais efeitos afetam as possibilidades de concorrência nos mercados *online*³⁵³.

1.2.3. Preponderância da lógica de intermediação sobre a lógica de verticalização

O modelo de negócio de plataformas não é uma estratégia de negócio rígida e imutável. A formação de plataformas decorre muito mais do alinhamento de comportamentos e de escolhas circunstanciais da empresa do que propriamente do resultado das características tecnológicas do produto ou serviço ofertado³⁵⁴.

Esse caráter "móvel" da estratégia de plataforma é bem explicado por HAGIU E WRIGHT³⁵⁵, em estudos que modelam a decisão de um intermediário de funcionar, em pontos extremos, como plataforma de *marketplaces* – de modo a possibilitar que ofertantes independentes vendam os seus produtos diretamente aos compradores – ou como simples revendedor – ao adquirir o insumo e vendê-lo aos compradores³⁵⁶. A opção por um modelo ou outro, em essência, visa ao endereçamento de um problema de custos de transação que classicamente informa a constituição de

³⁵¹ Essa discussão será aprofundada no item 2.2 deste Capítulo.

³⁵² CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 2; p. 114; e EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. pp. 40–41.

³⁵³ Acerca das profundas divergências na interpretação sobre como os efeitos de rede das plataformas digitais geram poder de mercado, cf. YUN, J. M. Does antitrust have digital blind spots? *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, v. 1, pp. 11–33, maio 2020.

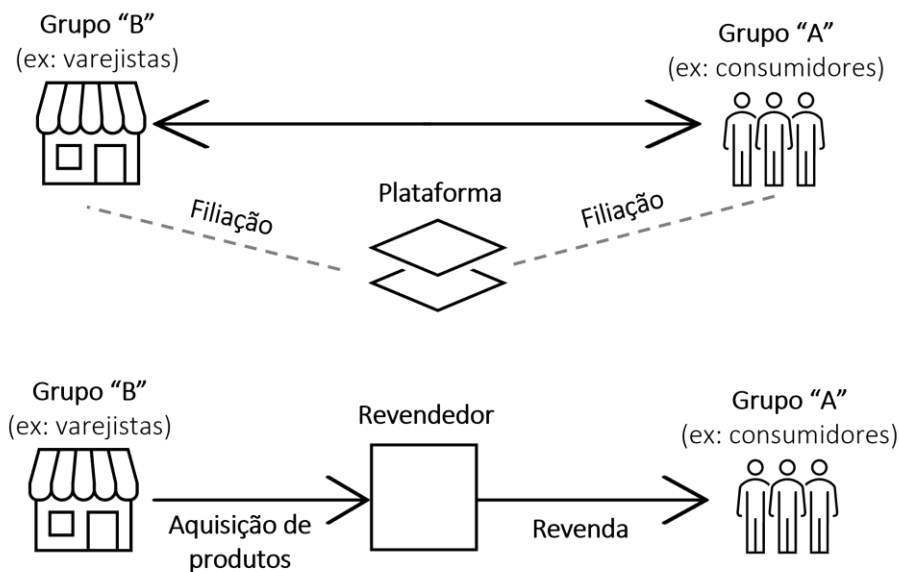
³⁵⁴ RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, p. 126, 2009.

³⁵⁵ HAGIU, A. Merchant or two-sided platform? *Review of Network Economics*, v. 6, n. 2, pp. 115–133, 2009; e HAGIU, A.; WRIGHT, J. Marketplace or reseller? *Management Science*, v. 61, n. 1, pp. 184–203, 2015.

³⁵⁶ HAGIU, A.; WRIGHT, J. Marketplace or reseller? *Management Science*, v. 61, n. 1, pp. 184–203, 2015 ("we model this as a decision between whether control rights over a non-contractible decision variable (the choice of some marketing activity) are better held by suppliers [the marketplace-mode] or by the intermediary [the reseller-mode]").

estruturas produtivas verticalizadas³⁵⁷.

Figura 6 – Modelo simplificado de plataformas de múltiplos lados vs. negócios verticalizados



Fonte: elaboração própria, com base em HAGIU, A.; WRIGHT, J. Marketplace or reseller? *Management Science*, v. 61, n. 1, pp. 184–203, 2015.

A escolha da empresa de atuar como plataforma ou como mero revendedor depende basicamente da existência de efeitos de transbordamento (*spillover effects*) entre os diversos produtos vendidos, do perfil das vantagens de custo marginal relativo entre os vendedores e os intermediários e, ainda, da magnitude dos efeitos positivos de rede nos lados do mercado³⁵⁸. Assim, uma mudança nos referidos fatores pode fazer com que uma mesma empresa decida atuar, em categorias de produtos diferentes, ora como plataforma, ora como revendedor³⁵⁹, ora de forma intermediadora, ora de forma verticalizada³⁶⁰.

A compreensão dessa fluidez da decisão de empregar o modelo de plataformas é bastante

³⁵⁷ Os estudos de Hagiu e Wright estabelecem importante conexão entre a teoria econômica de plataformas e a teoria da firma (*theory of firm*), de Coase, ao buscarem explicações para a formação de plataformas na relevância dos custos de transação. Sobre esse ponto, cf. MARTENS, B. *An economic policy perspective on online platforms*. Bruxelas: European Commission Report, 2016. pp. 16–17.

³⁵⁸ HAGIU, A.; WRIGHT, J. Marketplace or reseller? *Management Science*, v. 61, n. 1, pp. 194–205, 2015; e HAGIU, A.; WRIGHT, J. Multi-sided platforms. *Working Paper Harvard Business School*, 2015.

³⁵⁹ ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. THINK TANK INTERNET. *Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*. Bonn: BKartA, 2016. pp. 13–14.

³⁶⁰ RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, p. 132, 2009 ("a platform may decide to change its strategy toward integration as its market evolves").

importante nos mercados digitais examinados nesta tese. Em muitos deles, percebe-se que os agentes dominantes podem tanto optar por intermediar trocas diretas entre grupos de vendedores e compradores como escolher a verticalização e atuar, concomitantemente, em um mercado *upstream* de produção e *downstream* de revenda. A atuação das plataformas digitais simultaneamente na intermediação de transações e na venda de serviços próprios, aliás, tem suscitado debates sobre a necessidade de remédios estruturais de restrições de linhas de negócio³⁶¹.

O histórico de algumas plataformas como o *Google* e a *Amazon* comprova a mobilidade das estratégias de preço. No caso do *Google*, que inicialmente atuava como ferramenta de busca de lado único, o acréscimo de outros "lados" foi possível com a introdução de ferramentas como o *AdWord* e o *AdSense* e, posteriormente, buscadores verticais temáticos como o *Google Shopping*³⁶². Por sua vez, a *Amazon* adota estratégias bastante dinâmicas de decisão quanto a funcionar como *marketplace* ou como revendedor, a depender do tipo de produto e do grau de informação que detém sobre a preferência dos usuários³⁶³. O mesmo pode ser dito em relação à *Apple Store* ou ao *Google Play*, haja vista que ambas atuam tanto no desenvolvimento de aplicativos próprios quanto na distribuição de aplicativos desenvolvidos por terceiros³⁶⁴.

Assim, no exame das práticas anticompetitivas dessas empresas, é indispensável considerar o grau de controle que a plataforma detém sobre as variáveis relevantes das transações diretas entre os grupos interligados. Além disso, é essencial que a autoridade antitruste considere, principalmente na apreciação dos riscos de fechamento de mercado, os fatores que informam a decisão do agente econômico de atuar como plataforma ou como revendedor.

1.3. Utilidade relativa da abordagem de múltiplos lados na análise antitruste

Conforme mencionado no início deste Capítulo, um dos temas mais debatidos nas propostas de reforma da política de defesa da concorrência na economia digital diz respeito à necessidade de adequação do instrumental analítico à realidade da formação de plataformas de múltiplos lados.

³⁶¹ Sobre o assunto, cf. BLOODSTEIN, B. Amazon and platform antitrust. *Fordham Law Review*, v. 88, n. 1, p. 244, 2019; e KHAN, L. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 1, pp. 973–1093, 2019.

³⁶² COYLE, D. Platform dominance: the shortcomings of antitrust policy. In: MOORE, M.; TAMBINI, D. (ed.) *Digital dominance: the power of Google, Amazon, Facebook and Apple*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 55; p. 441.

³⁶³ ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. THINK TANK INTERNET. *Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*. Bonn: BKartA, 2016. pp. 17–18 ("dabei präsentiert Amazon beide Segmente als einheitlich integrierten Shop, der nicht zwischen dem Amazon-Eigengeschäft und dem Marketplace-Geschäft trennt"); e KHAN, L. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 1, p. 987, 2019.

³⁶⁴ BOSTOEN, F.; MÂNDRESCU, D. Assessing abuse of dominance in the platform economy: a case study of app stores. *European Competition Journal*, p. 17–18, 2020.

Essas discussões surgem de forma natural ante o fato de, somente nas duas últimas décadas, ter-se percebido avanços significativos na teoria econômica de plataformas³⁶⁵.

A partir da delimitação dos objetivos desta tese, que foca primordialmente no estudo de condutas exclusionárias, é possível estabelecer que a decisão de internalizarem os achados da teoria econômica de plataformas nas fases como a definição de mercados relevantes e a análise de efeitos anticompetitivos de uma conduta unilateral deve perpassar uma averiguação cuidadosa da natureza do modelo de negócio e da prática anticompetitiva examinada.

Mesmo que as plataformas apresentem particularidades econômicas importantes, nem sempre será útil e oportuno para a autoridade antitruste considerar a lógica de múltiplos lados na definição de poder de mercado e na análise de efeitos. Em outras palavras, as autoridades antitruste devem sopesar se há alguma utilidade em tratar o modelo de negócio como uma plataforma em vez de uma simples estrutura de mercado verticalizada³⁶⁶. Essa utilidade em termos de *enforcement* antitruste é sempre relativa ao contexto da investigação³⁶⁷.

A rigor, considerar determinado modelo de negócio como plataforma só será, de fato, oportuno e necessário se o bem-estar de pelo menos um dos grupos de consumidores que acessam a plataforma em alguma medida depender do tamanho e da composição de outros grupos situados dos outros lados³⁶⁸. Para que a autoridade antitruste tenha clareza nessa avaliação, é essencial compreender a mobilidade da estratégia de plataformas e as alternativas de visualização do seu poder econômico a partir de uma abordagem de mercado único ou de mercados múltiplos.

2. Plataformas digitais

Nesta segunda parte do Capítulo 2, serão examinados o conceito aplicável de plataformas digitais (item 2.1), o papel que os dados desempenham como ativos nesses modelos de negócios (item 2.2) e o funcionamento dos modelos de plataformas digitais baseados na monetização de anúncios publicitários (item 2.3).

³⁶⁵ Vide item 1.1 deste Capítulo.

³⁶⁶ RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, p. 127, 2009 (o autor considera que ter definições muito amplas de plataformas não é necessariamente um problema, dado que "*the interesting question is often not whether a market can be defined as two-sided—virtually all markets might be two-sided to some extent—but how important two-sided issues are in determining outcomes of interest*").

³⁶⁷ OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 10 ("*the multi-sidedness of a market may depend on the nature of the investigation*"); e EVANS, D. S. *Platform economics: essays on multi-sided businesses*. [s.l.]: Competition Policy International, 2011. pp. vi–vii.

³⁶⁸ KATZ, M. L. Platform economics and antitrust enforcement: a little knowledge is a dangerous thing. *Journal of Economics and Management Strategy*, v. 28, n. 1, p. 140, 2019.

2.1. Conceito e delimitação

Os agentes econômicos atuantes nos mercados examinados nesta tese são comumente designados como "plataformas digitais", "plataformas *online*" ou, ainda, "plataformas movidas a dados"³⁶⁹. O protagonismo dos modelos de negócios na economia digital³⁷⁰ pode ser explicado pelo fato de as plataformas se apropriarem da redução dos custos envolvidos na busca, coleta e sistematização de informações *online*, proporcionadas por novas tecnologias, para realizar a intermediação de agentes econômicos submetidos a elevadas assimetrias de informação³⁷¹.

Mesmo não existindo definição uníssona³⁷², as plataformas digitais são genericamente referenciadas na literatura como estratégias de múltiplos lados que facilitam interações entre dois ou mais grupos de usuários que consomem serviços a partir da internet³⁷³. Esse conceito, aqui tomado provisoriamente, abrange negócios de diversos setores econômicos *online*, tais como *marketplaces* (e.g. *Amazon*, *eBay*, *Mercado Livre*), redes sociais (e.g. *Facebook* e *LinkedIn*), ferramentas de buscas *online* (e.g. *Google Search*, *Yahoo* e *Bidu*), aplicativos de transporte e acomodação (e.g. *Uber* e *AirBnB*), lojas de aplicativos para *smartphones* (e.g. *Apple Store* e *Android Store*) e sistemas operacionais (e.g. *Windows* e *iOS*)³⁷⁴.

³⁶⁹ Para os fins desta tese, as expressões serão utilizadas de forma intercambiável. Ressalta-se, porém, que a expressão "plataformas digitais" será empregada predominantemente como um padrão de referência ao modelo de negócio explicado no item 1.2.1 deste Capítulo.

³⁷⁰ A expressão "economia digital" é comumente usada como um termo guarda-chuva para descrever o funcionamento de mercados em que tecnologias digitais são empregadas de maneira central (OCDE. *The digital economy. Hearings on the digital economy held at the competition committee sessions*, v. 1, p. 5, 2012). Do ponto de vista teórico, essa expressão designa mais especificamente um campo de estudo da economia que examina como modelos econômicos das teorias de organização industrial são impactados pela redução substancial de custos de busca, replicação, transporte e rastreamento de bens e serviços (GOLDFARB, A.; TUCKER, C. *Digital economics. Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 1, pp. 3–4, 2019).

³⁷¹ ERZACHI, A.; STUCKER, M. E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, Massachusetts: *Harvard University Press*, 2016. p. 5.

³⁷² MARTENS, B. *An economic policy perspective on online platforms*. JRC Technical Reports. Institute for Prospective Technological Studies. *Digital Economy Working Paper*, 2016.

³⁷³ OCDE. *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 20; e FURMAN, J. et al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*, p. 22, 2019. Destaca-se que alguns autores como Hovenkamp trata as plataformas digitais como meros modelos de negócios *online*, que não necessariamente utilizam a estrutura de mercado de múltiplos lados. HOVENKAMP, H. J. *Antitrust and platform monopoly. The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, p. 1952, 2021 ("The mere fact that business is conducted on a digital platform does not make it two-sided").

³⁷⁴ NAZZINI, R. *Online platforms and antitrust: evolution or revolution. Italian Antitrust Review*, v. 5, n. 5, pp. 6–7, 2018; e MAŁOBECKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. p. 89.

2.2. Papel dos dados na agregação de valor à intermediação

Assim como ocorre na teoria econômica sobre plataformas de múltiplos lados, discutida acima³⁷⁵, há significativas controvérsias na doutrina quanto aos elementos que compõem as plataformas digitais³⁷⁶. A adoção de uma delimitação conceitual mais ou menos rígida tem reflexos diretos nas etapas de definição de mercado relevante e na análise de efeitos anticompetitivos de condutas exclusionárias.

Considerando as especificidades dos mercados de que trata esta tese e o foco desta investigação – voltado à questão da inovação –, adota-se aqui a escolha justificada de delimitar que as plataformas digitais são identificáveis por três elementos essenciais: (i) a possibilidade de interações diretas entre os grupos intermediados; (ii) a ocorrência de efeitos de redes; e (iii) a elevada capacidade de coleta, armazenamento e tratamento de dados.

Levando em conta que os dois primeiros requisitos informam a composição de modelos de negócios multilados genericamente, o aspecto diferencial das plataformas digitais consiste na sua capacidade de coletar e analisar grandes quantidades de dados, comumente referenciados como *big data*³⁷⁷. Tais dados são utilizados por plataformas como *Google*, *Facebook* e *Amazon* com o intuito de subsidiar a oferta de produtos e serviços dos outros lados da plataforma, o que agrega valor à intermediação entre os grupos de consumidores interrelacionados³⁷⁸.

A relevância dos dados para o funcionamento das plataformas digitais tem suscitado a necessidade de adaptações das metodologias tradicionais do antitruste. As principais discussões ventiladas pelas autoridades de defesa da concorrência nos últimos anos – que serão abordadas ao longo desta tese – dizem respeito a como a detenção de grandes volumes de dados pode ser usada por plataformas (i) para criar e manter poder de mercado; (ii) para fechar o mercado a rivais; e (iii) para compor barreiras à entrada nos mercados digitais³⁷⁹. Mais recentemente, tornou-se candente o debate sobre se o acúmulo e o processamento de grandes quantidades de dados pessoais pelas

³⁷⁵ Vide item 1.2 deste Capítulo.

³⁷⁶ AKMAN, P. *White Paper: competition policy in a globalized, digitalized economy*. Geneva: World Economic Forum, 2019.

³⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document: online platforms*. Bruxelas: 2016, p. 2; e STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*, 2019. pp. 35–36.

³⁷⁸ FURMAN, J. et. al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 23; e KATZ, M. L. Multisided platforms, big data, and a little antitrust policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, p. 697, 2019.

³⁷⁹ LASSERRE, B.; MUNDT, A. Competition law and big data: the enforcers' view. *Italian Antitrust Review*, v. 1, pp. 87–103, 2017; e DE SILVA, I. Tackling the challenges raised by the digitalization of the economy: recent experiences of the French Competition Authority. *The Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 1, pp. 3–10, 2019.

plataformas poderiam ser enquadrados como possíveis infrações antitruste em teorias do dano exploratórias³⁸⁰.

Em regra, os dados coletados pelas plataformas consistem em especificações sobre a conexão do usuário (*e.g.* endereços IP e informações sobre os sistemas operacionais em uso), informações pessoais (*e.g.* nome de usuário, localização geográfica, gênero e ocupação profissional) e históricos do comportamento dos consumidores *online* (*e.g.* preferências de compra, interesses de buscas e conteúdos produzidos compartilhados)³⁸¹.

Esses dados podem ser (i) voluntariamente fornecidos por seus detentores; (ii) extraídos por meio de ferramentas de observação das ações e dos comportamentos dos usuários; ou (iii) inferidos a partir de informações pré-coletadas³⁸². Na segunda hipótese – mais comum nos modelos de negócios abordados nesta tese –, a coleta por observação acontece principalmente por meio de tecnologias de rastreamento (*tracking*), como *cookies*, que, sem o conhecimento explícito do usuário, são capazes de observar o seu comportamento em *websites* em uma mesma página ou em várias delas³⁸³.

Empresas como *Google* e *Facebook* coletam dados por rastreamento tanto em seus próprios *websites* e aplicativos quanto em *websites* de terceiros³⁸⁴. O rastreamento em páginas e interfaces de terceiros, conhecido como *third-party tracking*, geralmente ocorre quando o *website* ou o aplicativo agrega algum conteúdo desse terceiro. Embora não pague ao dono do *website* ou aplicativo pela possibilidade de colher os dados dos usuários, o terceiro fornece ao proprietário da página serviços gratuitos, como ferramentas de análises dos acessos, ferramentas de anúncios ou botões que permitem o compartilhamento de conteúdo em mídias sociais³⁸⁵. Uma vez obtido o dado, o terceiro o utiliza como *input* em suas atividades, à semelhança do que ocorre na coleta direta.

Essa modalidade de *third-party tracking* tem se tornado ubíqua nos ecossistemas digitais³⁸⁶. Gigantes como *Google*, *Microsoft*, *Facebook* e *Twitter* concentram grande parte da coleta de dados

³⁸⁰ Essa questão será pontualmente enfrentada no item 2 do Capítulo 4.

³⁸¹ LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, p. 7, 2014; e GRAEF, I. Market definition and market power in data: the case of online platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, p. 475, 2015.

³⁸² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. [s.l.: s.n.], 2016. pp. 6–7; e CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 8; p. 101.

³⁸³ BOURREAU, M.; DE STREEL, A.; GRAEF, I. Big data and competition policy: market power, personalised pricing and advertising. *SSRN Electronic Journal*, v. 32, pp. 11–12, fev. 2018; e MAŁOBEŹKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 40–42.

³⁸⁴ CMA. *Online platforms and digital advertising: market study interim report*. Londres: CMA, 2019. p. 112.

³⁸⁵ BINNS, R.; BIETTI, E. Dissolving privacy, one merger at a time: competition, data, and third party tracking. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 2, pp. 5–6, 2018.

³⁸⁶ Estudos indicam que 95% dos 10.000 *websites* mais populares na internet contêm algum tipo de *third-party tracking* e que mais de 90% dos aplicativos disponíveis gratuitamente na loja do *Google Play* igualmente apresentam esse tipo

pelo rastreamento em *websites* e aplicativos disponíveis na *web*³⁸⁷. Como consequência desse cenário, a própria análise de poder de mercado desses agentes deve considerar a capacidade de coleta e análise de dados não apenas no âmbito de mercados individualizados, mas também, de forma transversal, entre diferentes mercados, plataformas e dispositivos³⁸⁸.

Diversos agentes econômicos que atuam nos ecossistemas digitais são capazes de coletar dados. Além da obtenção direta realizada pelas plataformas em interfaces próprias ou de terceiros, os dados podem ser coletados por anunciantes, *websites* em geral e, ainda, corretores de dados (*data brokers*)³⁸⁹ – empresas cujo modelo de negócio principal consiste em coletar e analisar dados com o propósito de comercializar produtos, reconhecer identidades e detectar fraudes.

A despeito dessa pluralidade de agentes econômicos, a vasta maioria dos dados utilizados pelas grandes plataformas digitais é proveniente de atividades de coleta e tratamento *in-house*, ou seja, na própria estrutura verticalizada da empresa³⁹⁰. Por esse motivo, a relevância do compartilhamento ou das vendas de dados em um mercado secundário se apresenta limitada nos ecossistemas digitais, o que reforça o papel dos dados muito mais como um *input* do processo produtivo das plataformas digitais de anúncio do que como uma *commodity*³⁹¹.

O tratamento de dados pelas plataformas digitais visa principalmente a duas finalidades: (i) a monetização de anúncios e (ii) a melhoria da qualidade dos conteúdos e serviços ofertados na plataforma³⁹². Sobretudo os dados que contêm informações relativas às preferências e necessidades dos usuários servem de *input* para alimentação de algoritmos que permitem a personalização das ofertas e dos preços, bem como o aprimoramento de estratégias de *marketing* da plataforma.

de mecanismo (BINNS, R.; BIETTI, E. Dissolving privacy, one merger at a time: competition, data, and third party tracking. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 2, p. 5, 2018).

³⁸⁷ ROBERTSON, V. *Excessive data collection: privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data data collection through third-party tracking*. pp. 2–3, jun. 2019.

³⁸⁸ EZRACHI, A.; ROBERTSON, V. H. S. E. Competition, market power and third-party tracking. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 42, n. 1, p. 18, 2019.

³⁸⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. [s.l.: s.n.], 2016. pp. 38-39; e FTC. *Data brokers: a call for transparency and accountability. Data Brokers and the Need for Transparency and Accountability*, pp. 1–101, maio 2014. Este último estudo argumenta que a atuação dos corretores de dados suscita riscos associados à falta de transparência no processamento de dados e à fragilidade de segurança em seu armazenamento.

³⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Staff working document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy. *Digital Single Market*, p. 15, 2017; e NEWMAN, J. M. Antitrust in attention markets: objections and responses. *Santa Clara Law Review*, v. 59, n. 3, p. 757, 2020.

³⁹¹ MAŁOBEŃKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. p. 53. Por esse motivo, conforme será discutido no Capítulo 4, as autoridades antitruste têm sido refratárias em definir mercados relevantes de dados. ROBERTSON, V. H. S. E. Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy. *SSRN Electronic Journal*, p. 7, 2020; e VOLMAR, M. *Digitale Marktmacht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019. p. 125.

³⁹² CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. p. 156, jul. 2020; e STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 54–55.

Por isso se afirma que tais conteúdos e serviços subsidiados são ofertados a preços mais baixos ou mesmo a preços zero aos consumidores em contrapartida à entrega dos seus dados³⁹³. Plataformas de ferramentas de buscas *online*, por exemplo, realizam extensivas coletas de dados a partir das consultas dos usuários, que servem de *input* para alimentação de algoritmo de buscas que melhora a experiência do usuário³⁹⁴. O mesmo ocorre em plataformas de *marketplaces*, nas quais os dados são utilizados pelo agente intermediário para o direcionamento de ofertas, aumentando a probabilidade de trocas³⁹⁵.

A análise de *big data* pelas plataformas digitais tem o elevado potencial de gerar eficiências materializadas na oferta de serviços a menores preços ou a preço zero ou, ainda, no aprimoramento da qualidade dos serviços a partir da personalização das ofertas³⁹⁶. Um aspecto importante desses benefícios – que será central para esta tese – diz respeito à relevância dos dados para a inovação e a obtenção de eficiências dinâmicas.

O processamento de um grande volume de dados, via de regra, permite que as plataformas tenham conhecimento suficiente sobre a demanda dos usuários para introduzir novos serviços e produtos, suprindo lacunas do lado da oferta³⁹⁷. Os dados são, assim, importante *input* do processo inovativo, sendo por isso relevante investigar em que medida as condutas exclusionárias que limitam o acesso a dados podem reduzir os incentivos à inovação nos mercados digitais.

2.3. Plataformas digitais de anúncios

As configurações das plataformas digitais variam a depender das decisões estratégicas das empresas em mercados específicos. Para os fins desta tese, porém, é possível adotar um modelo geral de funcionamento das plataformas digitais baseadas em anúncios publicitários³⁹⁸. Esse modelo

³⁹³ Vide item 1.2 do Capítulo 4.

³⁹⁴ CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: CMA, 2020. pp. 74–75.

³⁹⁵ GRAEF, I. *Data as essential facility: competition and innovation on online platforms*. 410 f. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculty of Law, 2016. p. 29.

³⁹⁶ LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, pp. 10–19, 2014; FURMAN, J. et. al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 23; e SOKOL, D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. *George Mason Law Review*, v. 23, n. 119, p. 1133–1135, 2016.

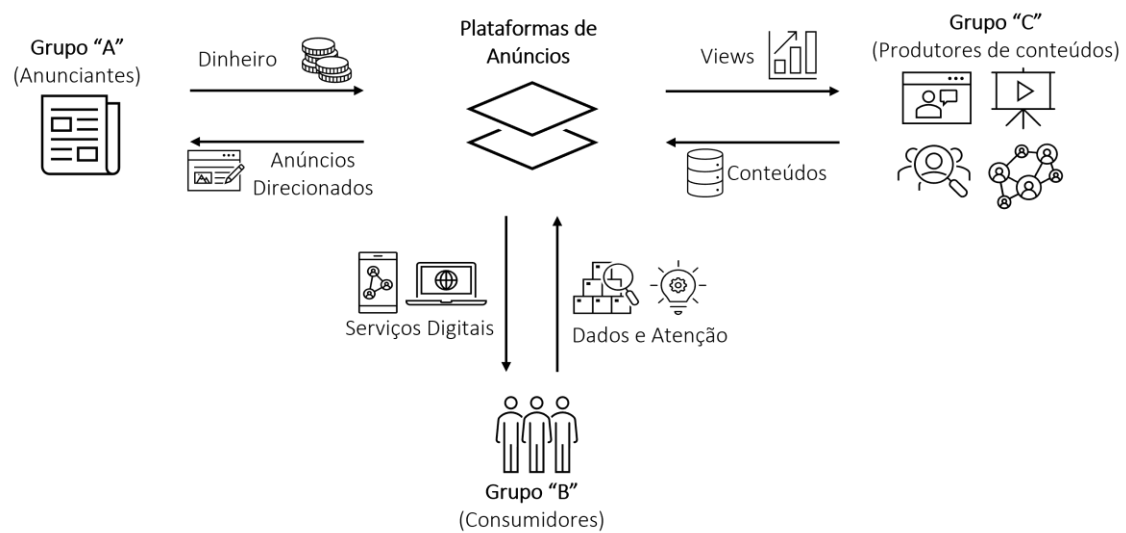
³⁹⁷ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1685, 2013; e BMWI. Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft - Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, p. 13, 2019 ("*Die Sammlung, Kombination und Auswertung von Daten steht im Zentrum digitaler Innovation und ist ein zentraler Bestandteil vieler digitaler Geschäftsmodelle*").

³⁹⁸ O modelo proposto nesta tese aproxima-se dos modelos de "plataformas de mídia" ou "plataformas de atenção", desenvolvidos mais recentemente em trabalhos como os de EVANS, D. S. Attention platforms, the value of content, and public policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 775–792, 2019; e WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, 2017. Todavia, a proposta aqui endereçada considera aspectos mais amplos da relação entre os agentes econômicos intermediados, adotando, com simplificações, a estrutura de ecossistemas de *big data* apresentada em OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background Paper by the Secretariat*, p. 12, abr. 2016.

serve para explicar as intermediações realizadas por ferramentas de buscas *online*, redes sociais e *marketplaces*. Ele confere destaque à disponibilização de conteúdos e serviços a preço zero que atraem a atenção dos usuários e possibilitam a coleta e o processamento de seus dados, os quais, por sua vez, são utilizados para o direcionamento de propagandas³⁹⁹.

Os principais agentes econômicos intermediados nesse modelo correspondem a (i) usuários, entendidos como consumidores ou empresas que usufruem da interação por meio da plataforma; (ii) anunciantes, que adquirem das plataformas a oportunidade de exibir anúncios publicitários direcionados aos usuários; e (iii) criadores de conteúdos digitais ou ofertantes de serviços, tais como proprietários de *websites*, produtores de conteúdo em vídeo e áudio ou, ainda, revendedores, no caso específico de plataformas *e-commerce*. As principais relações entre esses grupos estão demonstradas na figura abaixo.

Figura 7 – Estrutura geral das plataformas digitais de anúncios



Fonte: elaboração própria.

³⁹⁹ AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Digital Platforms Inquiry*. Canberra: ACCC Publisher, 2019. p. 61.

A plataforma ilustrada acima procura resolver um problema de custos de transação entre anunciantes e consumidores, permitindo que externalidades de redes sejam internalizadas⁴⁰⁰. Embora seja possível imaginar que consumidores e anunciantes poderiam estabelecer relações bilaterais diretas se estes últimos remunerassem os primeiros pela visualização de anúncios por um preço superior ao que os consumidores estão dispostos a pagar para evitar propagandas, em condições reais, essas relações bilaterais seriam extremamente custosas e improváveis de serem estabelecidas⁴⁰¹.

As plataformas baseadas em anúncios realizam uma forma peculiar de intermediação entre os grupos envolvidos. Enquanto os anunciantes valorizam a presença dos consumidores⁴⁰², a atratividade dos anúncios em relação aos consumidores é dúbia. No caso de ferramentas de buscas *online* (e.g. *Google*, *Yahoo* e *Bing*), é possível presumir que os consumidores com intenção de compra de determinado serviço ou produto valorizam anúncios relacionados a essas buscas, enquanto, para os usuários que não estão interessados em comprar algo, os anúncios podem ser indiferentes ou mesmo indesejados⁴⁰³. Nas plataformas de marketplaces (e.g. *Amazon*, *Mercado Livre* etc.), pode-se também intuir que os usuários valoram positivamente os anúncios, dado que existe uma intenção subjacente de aquisição de produtos nas referidas plataformas⁴⁰⁴. Ademais, presume-se que, tudo o mais constante, o excesso de anúncios tende a tornar a plataforma menos atrativa para os usuários, diante de riscos de congestionamento⁴⁰⁵.

Considerando que os consumidores nem sempre estão naturalmente dispostos a visualizar os anúncios publicitários, as plataformas digitais adotam a estratégia de disponibilizar, conjuntamente com eles, conteúdos e serviços produzidos por terceiros⁴⁰⁶, que correspondem, por exemplo, a resultados orgânicos de *websites* em páginas de ferramentas de buscas *online*, ofertas de

⁴⁰⁰ THÉPOT, F. Market power in online search and social networking: a matter of two-sided markets. *CLES Working Paper Paper Series 4/2012*, p. 6, 2012.

⁴⁰¹ EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, pp. 5–6, out. 2017, p. 5-6.

⁴⁰² THÉPOT, F. Market power in online search and social networking: a matter of two-sided markets. *CLES Working Paper Paper Series 4/2012*, p. 8, 2012. Em sentido contrário, há estudos que defendem que, no caso de ferramentas de buscas, não necessariamente há efeitos de rede positivos nessa relação, posto que os anunciantes não valoram simplesmente a evolução quantitativa do número de usuários da plataforma, mas sim a presença adicional de usuários que estão efetivamente interessados nos anúncios. Nesse sentido, cf. MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Google and the limits of antitrust: the case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, p. 208, 2010 ("an increase in the number of users who are looking only for information and never to purchase goods may be of little value to advertisers").

⁴⁰³ EVANS, D. S. The economics of the online advertising industry. *Review of Network Economics*, v. 7, n. 3, p. 372, 2008.

⁴⁰⁴ GRAEF, I. *Data as essential facility: competition and innovation on online platforms*. 410 f. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculty of Law, 2016. p. 40.

⁴⁰⁵ GRAEF, I. *Data as essential facility: competition and innovation on online platforms*. 410 f. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculty of Law, 2016. pp. 44-45.

⁴⁰⁶ AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Digital platforms inquiry*. Canberra: ACCC Publisher, 2019. p. 61; e FURMAN, J. et. al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 22.

revendedores em *marketplaces* ou, ainda, conteúdo audiovisual em plataformas de *streaming* financiadas por anúncios.

Embora os provedores desses conteúdos pudessem vender seus produtos diretamente aos consumidores ou mesmo vender espaços de publicidade diretamente aos anunciantes, também devido a custos de transação, tais conteúdos são veiculados na própria plataforma, a qual remunera os seus provedores de conteúdo com parte da receita dos anúncios⁴⁰⁷. No caso específico das plataformas *e-commerce*, esse terceiro grupo de agentes corresponde aos vendedores propriamente ditos, que geralmente pagam à plataforma uma taxa de comissão pelas vendas aos usuários⁴⁰⁸.

Os conteúdos e serviços gerados por terceiros são oferecidos pela plataforma aos consumidores com a finalidade de atrair a sua atenção e os seus dados, os quais são valorados positivamente pelos anunciantes situados do outro lado da plataforma. Nessa lógica, seria possível entender que as plataformas digitais operariam como estruturas que "adquirem" dos consumidores seu tempo e sua atenção a fim de "vender" aos anunciantes possibilidades direcionadas de respostas a publicidade.

Há relevante controvérsia na literatura sobre se as estratégias de veiculação de anúncios poderiam realmente ser enquadradas como plataformas de múltiplos lados. Para além da questão conceitual, esse enquadramento tem implicações nas metodologias de definição de mercado relevante e na aplicabilidade de teorias do dano de abuso de posição dominante com foco na inovação⁴⁰⁹.

De forma minoritária, autores como LUCHETTA⁴¹⁰, LIANOS, KORAH E SICILIANI⁴¹¹ E LI⁴¹² consideram que ferramentas de buscas *online* e de redes sociais não seriam propriamente plataformas de múltiplos lados, principalmente porque as transações que ali ocorrem entre usuários, anunciantes e provedores de conteúdo não compõem partes de uma interação única (*single interaction*), que somente poderia ser realizada com a intermediação do agente central.

Além disso, esses autores sustentam que a identificação de plataformas exige a presença de efeitos de redes indiretos multidirecionais entre os lados da plataforma, com atrações recíprocas

⁴⁰⁷ OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background Paper by the Secretariat*, p. 13, abr. 2016.

⁴⁰⁸ DUNNE, N. Implications of e-commerce for competition policy. *OCDE. Background Paper by the Secretariat*, p. 14, 2018.

⁴⁰⁹ Essa discussão será aprofundada no Capítulo 5.

⁴¹⁰ LUCHETTA, G. Is the Google Platform a two-sided market? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 1, p. 189, 2014 ("the point is that in most of the two-sided markets they listed, there is a single interaction between the two groups of users. Only if there is a single interaction can the prices imposed on each side be summed up").

⁴¹¹ LIANOS, I; KORAH, V; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 257.

⁴¹² LI, J. Is online media a two-sided market? *Computer Law and Security Review*, v. 31, n. 1, p. 108, 2015. ("There is no direct interaction between users and advertisers. Consequently, media, whether involving advertising or not, is no different from retailers or input processors, and is thus not a two-sided market. ").

entre os grupos intermediados. No caso das plataformas de anúncios, porém, considerando que a publicidade pode ser incômoda para os usuários, os efeitos de rede indiretos só operariam dos anunciantes para os usuários e não no sentido inverso⁴¹³.

Devido à ausência de externalidades de redes recíprocas, LUCHETTA⁴¹⁴ propõe que a dinâmica de ferramentas de buscas *online* como o *Google* poderia ser mais bem explicada como uma cadeia vertical composta por dois mercados com externalidades de redes unidirecionais que correm de um mercado *upstream* – em que a plataforma adquire dados pessoais por meio da oferta do serviço de busca – para um mercado *downstream* – em que a plataforma utiliza as informações pessoais coletadas para vender publicidade aos anunciantes⁴¹⁵.

De fato, tendo em vista que os usuários são atraídos pelo conteúdo veiculado na plataforma, e não pelos anúncios, é difícil imaginar que o exercício unilateral de poder de mercado de uma plataforma em relação ao grupo de anunciantes poderia gerar desvios de demanda dos seus usuários⁴¹⁶. O entendimento de que modelos de negócios *online* baseados em anúncio não configuram plataformas digitais teria como consequência a aplicabilidade da lógica de lado único na avaliação de poder de mercado desses agentes.

Por outro lado, a literatura majoritária representada por autores como EVANS⁴¹⁷, FILISTRUCCHI ET. AL.⁴¹⁸, GRAEF⁴¹⁹ e outros⁴²⁰ firmou-se no sentido de que os efeitos de redes indiretos do lado dos anunciantes para o lado dos consumidores seriam, por si sós, suficientes para enquadrar ferramentas de buscas *online* e redes sociais como plataformas de múltiplos lados.

Além de adotarem uma abordagem conceitual menos rígida sobre o fenômeno das plataformas no sentido de que efeitos de redes indiretos unidirecionais seriam suficientes para a caracterização da plataforma, autores como EVANS⁴²¹ e DEVINE⁴²² se opõem à ideia de que as

⁴¹³ LUCHETTA, G. Is the Google Platform a two-sided market? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 1, p. 191, 2014.

⁴¹⁴ LUCHETTA, G. Is the Google Platform a two-sided market? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 1, pp. 197–199, 2014.

⁴¹⁵ LI, J. Is online media a two-sided market? *Computer Law and Security Review*, v. 31, n. 1, p. 108, 2015.

⁴¹⁶ LIANOS, I; KORAH, V; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. pp. 257-258 ("the audience decision as to of which service to use is not affected by an expection in terms of adpotion numbers on the other side").

⁴¹⁷ EVANS, D. S. Basic principles for the design of antitrust analysis for multisided platforms. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, p. 324, 2019 ("Platforms often deal with negative network externalities"); e EVANS, D. S. Attention platforms, the value of content, and public policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, p. 787, 2019a.

⁴¹⁸ FILISTRUCCHI, L. et. al. Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 2, p. 5, 2014 ("It is not necessary for the existence of a two-sided market that two indirect network effects be present. One suffices").

⁴¹⁹ GRAEF, I. Market definition and market power in data: the case of online platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, pp. 473–506, 2015.

⁴²⁰ THÉPOT, F. Market power in online search and social networking: a matter of two-sided markets. *CLES Working Paper Paper Series 4/2012*, p. 10, 2012.

⁴²¹ EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–41, out. 2017.

externalidades de redes dos usuários para os anunciantes seriam negativas. Pois, considerando que os anúncios são ofertados de forma empacotada com conteúdo que atrai a atenção dos usuários, ao menos em uma situação de equilíbrio, as expectativas destes são recompensadas com a veiculação dos anúncios. Os usuários então se beneficiariam da presença de um maior número de anunciantes, haja vista que esse crescimento da demanda no lado dos anunciantes aumentaria as possibilidades de a plataforma subsidiar a oferta do seu conteúdo.

Ao nosso ver, é acertada a orientação de que as plataformas digitais baseadas em anúncios devem ser enquadradas na lógica de múltiplos lados. Pois, consoante será abordado em detalhes no Capítulo 5⁴²³, se os referidos modelos de negócios forem considerados como de lado único, as autoridades antitruste podem acabar ignorando possibilidades de substituição do serviço da plataforma que não são simétricas em relação às demandas dos diversos grupos de consumidores⁴²⁴.

3. Fontes de poder de mercado digital

Os debates sobre a necessidade de reformulação do *enforcement* antitruste no contexto da economia digital partem, em geral, do diagnóstico de que as plataformas digitais apresentam características econômicas que se diferem substancialmente daquelas observadas em modelos de negócios tradicionais, de maneira que os mercados digitais estariam propensos a um entrincheiramento da dominância das *big techs*. Ainda que de forma não exaustiva, este tópico aborda algumas dessas características.

Se tais particularidades foram exaustivamente exploradas nos diversos relatórios e estudos sobre economia digital publicados nos últimos anos, esta tese buscará proceder a uma revisão das características econômicas das plataformas digitais, destacando, de forma específica, como essas características interferem na lógica de concorrência dinâmica.

A compreensão de como essas particularidades das plataformas digitais contribuem para o seu poder de mercado será importante para o aprofundamento das discussões sobre a capacidade e o incentivo de inovação por parte dessas plataformas. De acordo com o que será discutido, a existência de efeitos *feedback* positivos na coleta e no tratamento de dados (item 3.1) e a presença de economias de escopo (item 3.2) agregam especificidades relevantes à compreensão do poder de mercado das plataformas digitais.

⁴²² DEVINE, K. L. Preserving competition in multi-sided innovative markets: how do you solve a problem like Google? *North Carolina Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 1, pp. 82–83, 2008.

⁴²³ Vide item 1.2 do Capítulo 5.

⁴²⁴ KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, p. 2155, 2018; e FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, pp. 38-39, maio 2019.

3.1. Efeito *feedback loop* de dados

Como destacado neste Capítulo, a coleta e o tratamento de dados são essenciais para o funcionamento das plataformas digitais. A análise de *big data* é importante tanto para que a plataforma consiga subsidiar os serviços a preço zero, por meio do direcionamento de publicidade, quanto para que ela consiga aprimorar a qualidade do conteúdo digital que oferece. No entanto, ao mesmo tempo em que a coleta de grandes volumes de dados é necessária para a oferta de melhores produtos e serviços pela plataforma, os usuários só investirão sua atenção e seus dados em plataformas que lhes proverem conteúdos atrativos.

Devido à reciprocidade entre a necessidade de obtenção dos dados para oferta de melhores produtos e a importância da utilização dos dados para a formação de pacotes de conteúdos que atraiam os usuários, autores como PASQUALE⁴²⁵, NEWMANN⁴²⁶, PRUFNER⁴²⁷ e outros⁴²⁸ passaram a compreender que as grandes plataformas digitais poderiam se beneficiar de um processo circular de obtenção e tratamento de dados que ensejaria aumentos significativos de barreiras à entrada – fenômeno esse chamado de "*user feedback loop*"⁴²⁹ ou "*data-driven network effects*"⁴³⁰.

Consoante proposto por esses autores, o efeito *feedback loop* de dados consiste em um processo circular segundo o qual, à medida que as plataformas digitais aumentam o número de usuários, realizam a coleta e o processamento de um volume cada vez maior de dados, o que torna a plataforma mais atrativa aos consumidores, uma vez que se opera a melhoria na qualidade dos serviços ofertados⁴³¹.

Esse processo circular torna-se bastante evidente nas plataformas de buscas *online*. Conforme o *Google* recebe mais consultas, ocorre melhora em seu algoritmo e aumento em seu repositório de fontes, o que permite que a plataforma tenha maior capacidade de exibir resultados relevantes e de cobrar mais dos anunciantes⁴³². A ilustração abaixo representa o funcionamento

⁴²⁵ PASQUALE, F. Privacy, antitrust and power. *George Mason Law Review*, v. 20, n. 4, pp. 1009–1024, 2013.

⁴²⁶ NEWMAN, N. Search, antitrust, and the economics of the control of user data. *Yale Journal on Regulation*, v. 31, n. 5, p. 55, 2014.

⁴²⁷ ARGENTON, C.; PRÜFER, J. Search engine competition with network externalities. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 1, pp. 73–105, 2012.

⁴²⁸ GRUNES, A. P.; STUCKE, M. E. No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data. *Antitrust Source*, pp. 1–15, abr. 2015; STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, pp. 282–283, 2018; e GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. pp. 249–256.

⁴²⁹ OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background Paper by the Secretariat*, p. 10, abr. 2016.

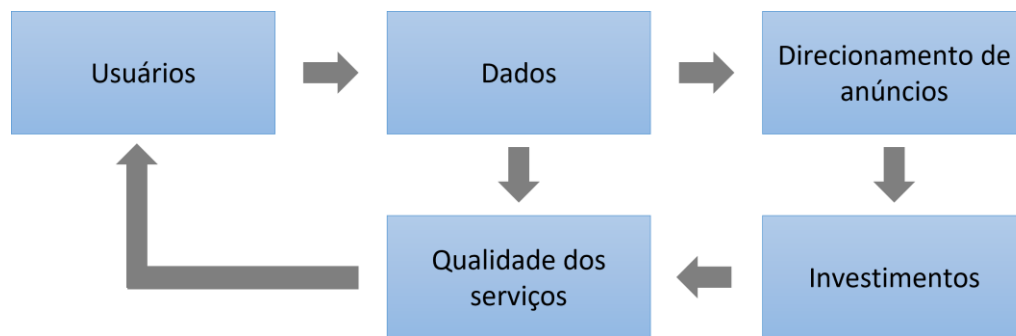
⁴³⁰ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. *Big data and competition policy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 170; e RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access barriers to big data. *Arizona Law Review*, v. 59, pp. 335–336, 2016.

⁴³¹ LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, pp. 19–20, 2014 (descreve os argumentos daqueles que defendem haver um *feedback loop* de dados).

⁴³² ARGENTON, C.; PRÜFER, J. Search engine competition with network externalities. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 1, pp. 73–105, 2012.

desse ciclo sucessivo.

Figura 8 – Ciclo de efeitos *feedback loop* de dados em plataformas digitais



Fonte: OCDE. Big data: bringing competition policy to digital era. *Background Paper by the Secretariat*. Paris: OCDE Publishing, 2016. p. 10.

Os diversos relatórios recentes sobre os desafios da política de concorrência na economia digital têm destacado que esse *feedback* entre a coleta de dados e a produção de conteúdo de qualidade tenderia a tornar os mercados digitais altamente propensos à dominação e ao entrincheiramento, deslocando o foco de concorrência atual para um modelo de competição do tipo *winner-takes-all*⁴³³.

O argumento segue a lógica de que, se a concentração de efeitos de redes positivos baseados em dados é um fator-chave da competição entre plataformas, existe uma tendência de fechamento de mercado em torno de padrões tecnológicos singulares, no sentido de *tipping*, de forma que a competição só será desenvolvida em sucessões de monopolistas⁴³⁴.

A tese do círculo vicioso de obtenção de dados e de melhoria da qualidade passou a ser duramente contestada nos últimos anos. De forma geral, é possível identificar críticas normativas e empíricas a essa abordagem. Sob a ótica normativa, alguns autores questionam a premissa de que o

⁴³³ EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of Competition in Digital Markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. pp. 42–44; CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 31; AUSTRALIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Digital platforms inquiry*. Canberra: ACCC Publisher, 2019, p. 11; FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 33; e STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. p. 40.

⁴³⁴ HAUCAP, J. *et. al. Modernizing the law on abuse of market power in the digital age: a summary of the report for the German Ministry for Economic Affairs and Energy. CPI Antitrust Chronicle December 2019*, v. 6, n. 5, p. 40, 2019; e DUCCI, F. *Natural monopolies in digital platform markets*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2020. Pp. 40–43. Para uma análise crítica detalhada desses argumentos, cf. HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, pp. 1969–1972, 2021 (defende que os mercados digitais dificilmente podem ser considerados *winner-takes-all*).

aumento de barreiras à entrada gerado pelo *feedback loop* de dados seria necessariamente um problema na perspectiva do direito da concorrência, pois a suposta consequência final do ciclo vicioso de dados – o aumento da qualidade dos serviços de preço zero ofertados – seria, em si, um fator indicativo do aumento do bem-estar dos consumidores, ainda que torne a vida de outros competidores mais difícil⁴³⁵. Por sua vez, do ponto de vista empírico, estudos conduzidos em mercados de buscas e de redes sociais tem identificado haver uma disponibilidade ampla de dados, de forma que a sua coleta em grandes quantidades dificilmente poderia ser considerada uma barreira à entrada⁴³⁶.

Para os fins desta tese, deve-se atentar à hipótese de que os efeitos de redes baseados em dados são capazes de conferir importante vantagem competitiva às plataformas digitais. Pois, conforme será tratado nos Capítulos seguintes, a depender da relevância concorrencial desse ativo, as condutas unilaterais que obstaculizam o seu acesso por parte de rivais podem, sob condições estritas, configurar restrições anticompetitivas à inovação.

3.2. Economias de escopo e poder conglomeral

Além das economias de escala geradas pelo *big data*, outra importante fonte de poder de mercado das plataformas digitais reside na exploração de economias de escopo pelo lado da oferta⁴³⁷. As economias de escopo podem ser aqui entendidas como reduções marginais de custos derivadas da relação de complementariedade entre dois ou mais produtos ofertados pela plataforma⁴³⁸.

As repercussões das economias de escopo para a análise antitruste são tradicionalmente discutidas nas teorias do dano de fusões conglomerais. Em suas formulações mais antigas, tais teorias sugerem que determinados agentes econômicos podem ter a sua posição dominante

⁴³⁵ YUN, J. M. Does antitrust have digital blind spots? *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, v. 1, p. 22, maio 2020 ("*increasing product quality makes all participants on a platform better off—surely something that competition policy should be encouraging*"); e LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, 2014.

⁴³⁶ TUCKER, C. Digital data , platforms and the usual [antitrust] suspects: network effects , switching costs , essential facility. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 1, pp. 690–691, 2019.

⁴³⁷ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. p. 37; FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 32; e DESSEMOND, E. G. Restoring competition in "winner-took-all" digital platform markets. *UNCTAD Research Paper*, n. 40, p. 5, 2019.

⁴³⁸ Essa compreensão reflete o conceito tradicional de economias de escopo apresentado em PANZAR, J. C.; WILLIG, R. D. Economies of scope. *The American Economic Review*, v. 71, n. 2, p. 268, 1981 ("*there are economies of scope where it is less costly to combine two or more prod- uct lines in one firm than to produce them separately*").

reforçada ao se valerem de sua atuação em determinado mercado para alavancar seu poder de mercado em outro⁴³⁹.

Apesar de as fusões conglomeradas terem sido bastante desafiadas nos EUA, durante as décadas de 1960 e 1970, é possível afirmar que, nas últimas três décadas, dos dois lados do Atlântico, houve uma grande redução das preocupações da política de defesa da concorrência com a formação de estruturas conglomeradas⁴⁴⁰. Atualmente, essas operações tendem a ser endereçadas quase exclusivamente por teorias de alavancagem vinculadas a estratégias de predação, *bundling*, ou venda casada de produtos complementares⁴⁴¹.

A interpretação antitruste do conglomeralismo, porém, tem sido profundamente revisitada no contexto da economia digital⁴⁴². Nesse sentido, autores como PETIT⁴⁴³, BOURREAU E DE STREEL⁴⁴⁴ têm explicado que a formação de grandes conglomerados digitais ocorre, dentre outros fatores⁴⁴⁵, pela presença de economias de escopo geradas com a exploração de ativos intangíveis e compartilháveis – *e.g.* dados, algoritmos e, até mesmo, pessoal especializado – que servem de suporte à oferta indistinta de múltiplos produtos em mercados digitais diferentes⁴⁴⁶. Essas preocupações recentes têm iluminado o avanço de teorias do dano na revisão de fusões no direito comunitário europeu, como se observa nas decisões dos casos *Microsoft/Yahoo Search* e *Microsoft/Skype*⁴⁴⁷.

⁴³⁹ Sobretudo nas décadas de 1960 e 1970, as autoridades antitruste norte-americanas passaram a enxergar com muita preocupação a emergência de grandes conglomerados empresariais. O Guia de Fusões de 1968, do DoJ, passou a contemplar a *deep pockets theory*, segundo a qual a autoridade deveria proibir fusões em mercados crescentemente concentrados, tendo em vista que o entrenchamento de posição dominante em vários mercados, seguido da aquisição sucessiva de empresas, poderia gerar uma onda de reforço do poder de mercado especialmente em setores oligopolizados. Para uma análise histórica sobre as mudanças no tratamento de fusões conglomeradas nos EUA, cf. AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978. p. § 1143f; e LIANOS, I.; KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. pp. 1634–1635.

⁴⁴⁰ HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Academic Publishing, 2016. p. 748.

⁴⁴¹ BURNLEY, R. Who's afraid of conglomerate mergers? A comparison of the U.S. and E.C. approaches. *World Competition Law and Economics Review*, v. 28, n. 1, pp. 54–55, 2005.

⁴⁴² SCHWEITZER, H. *et. al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17*, p. 83, 2018.

⁴⁴³ PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford University Press, 2020. pp. 117–121; e PETIT, N. Technology giants, the "moligopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, pp. 59–60, out. 2016.

⁴⁴⁴ BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, mar. 2019.

⁴⁴⁵ A formação de conglomerados digitais também é explicada pela existência de mercados de capitais internos que permitem alto financiamento e até mesmo pela onda de fusões de conglomerados nos mercados digitais. A esse respeito, cf. BRICS COMPETITION INNOVATION LAW & POLICY JOINT RESEARCH PLATFORM. *Digital era competition: BRICS View*. Moscou: BRICS Competition Law and Policy Centre, 2020. p. 237.

⁴⁴⁶ BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, pp. 8–11, mar. 2019.

⁴⁴⁷ Para uma análise sobre a aplicação das teorias de efeitos conglomerados nesses precedentes, cf. CHIRITA, A. Data-driven mergers under EU competition law. In: *The future of commercial law: ways forward for harmonisation*. Oxford:

Para os fins desta tese, entendemos que as abordagens renovadas do poder conglomeral digital devem ser integradas na análise antitruste de concorrência dinâmica. Do ponto de vista da inovação, essas economias de escopo exercem importante papel no desenvolvimento de novos produtos digitais. A detenção de ativos compartilháveis e dotados de elevada modularidade faz com que seja possível projetar novos produtos a partir de múltiplas oportunidades de combinações e interações de entradas de *hardwares* e *softwares*⁴⁴⁸.

Um bom exemplo da exploração de ativos compartilhados e modularizados são os *softwares* (e.g. sistemas operacionais) e os produtos de *hardware* da *Apple* (e.g. *chips* e processadores), que servem para diversas linhas de produtos, como *iPhones* e *iPads*⁴⁴⁹. De forma semelhante, o *Google* usa a enorme quantidade de informações pessoais coletadas na sua ferramenta de busca *online* para melhorar a qualidade de todos os produtos oferecidos no seu ecossistema (e.g. *Gmail* e *Android*)⁴⁵⁰.

O fato de empresas de tecnologia utilizarem uma atuação conglomeral para alimentar a concorrência pelo desenvolvimento de novos produtos, a rigor, não é uma novidade da economia digital. Porém, na competição entre as *big techs*, a exploração das economias de escopo e a atuação de multiprodutos torna-se crucial para que as empresas consolidadas estejam sempre à frente da curva de inovação e fujam ao máximo possível do risco de serem subitamente desbancadas por novas ondas de tecnologia⁴⁵¹. Consoante será explicado nos Capítulos seguintes, o controle de ativos-chave proporcionado pela formação de conglomerados pode se tornar essencial para a compreensão da concorrência dinâmica entre plataformas digitais.

Hart Publishing, 2020. pp. 147–186; pp. 175–176 (vide o item C. *Consumer Harm Due to Conglomerate Effects through Tying or Bundling*).

⁴⁴⁸ CONDORELLI, D.; PADILLA, J. Harnessing platform envelopment in digital world. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 16, n. 2, pp. 145–146, 2020; e BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, p. 9, mar. 2019.

⁴⁴⁹ BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, p. 9, mar. 2019.

⁴⁵⁰ SCHWEITZER, H. *et. al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17*, p. 84, 2018.

⁴⁵¹ LIM, Y. Tech wars : return of the conglomerate — throwback or dawn of a new series for competition in the digital era? *Journal of Korean Law*, v. 19, p. 55, fev. 2020 ("in today's digital era, conglomeration seems to be pursued more in fear of displacement rather than business cyclicality, hedging against missing out on the "next new thing" coming out of disruptive technologies"); e PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 118 ("diversification entitles big tech firms to cross-monetize fixed R&D investments and increase total returns to innovation").

4. Conclusões do Capítulo

Neste Capítulo, foram apresentados os principais conceitos econômicos acerca do funcionamento das plataformas digitais. Verificamos que, diferentemente do sentido empregado no senso comum, as plataformas não designam propriamente mercados antitruste, mas sim modelos de negócios caracterizados por alguma mobilidade no controle da forma de distribuição e intermediação das transações.

Essas estratégias comerciais têm sido empregadas nos mercados digitais principalmente para a monetização de anúncios publicitários. Ao permitir a redução dos custos de transações, o modelo de plataformas é adotado pelas *big techs* para a formação de verdadeiros pacotes ou *bundles* de conteúdos digitais e anúncios. Por meio da coleta e do tratamento de dados dos usuários, a plataforma vende aos anunciantes a possibilidade de direcionar os anúncios de acordo com as preferências previstas desses usuários. Embora nos modelos de negócios não haja efeitos de redes indiretos recíprocos, adotamos a escolha de considerar que as plataformas digitais de anúncios estão inseridas no conceito de plataformas de múltiplos lados.

A monetização de dados em estratégias de negócios de preço zero, por sua vez, permite que essas plataformas adquiram poder de mercado de maneiras particulares. A literatura identifica principalmente que as plataformas digitais adquirem posição dominante explorando um ciclo de coleta e tratamento de dados que permite ao agente central, ao mesmo tempo, incrementar a qualidade da oferta dos seus produtos e monetizar os anúncios ofertados em espaços digitais. A presença do *feedback loop* de dados e de economias de escopo, assim, foram indicadas como as duas principais fontes de poder de mercado digital. Ressalvamos, porém, ser uma questão eminentemente factual saber se essas características de mercado, de fato, são capazes de isolar um agente econômico das forças do processo competitivo, seja ele de natureza estática, seja de natureza dinâmica. Isso significa que, nesta pesquisa, rejeitamos pressuposições universais sobre a posição dominante das plataformas.

CAPÍTULO 3: ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E CONDUTAS UNILATERAIS DE EXCLUSÃO

Esta tese consubstancia proposta de leitura ampliada do mandado de repressão ao abuso de posição dominante (art. 173, § 4º, da Constituição de 1988 e art. 36, *caput*, inciso II, da Lei nº 12.529, de 2011), a fim de promover a inovação no controle de tais atos. Mais especificamente, importa desvendar os elementos constitutivos e o regime jurídico correlato ao tratamento de uma modalidade específica de abuso de posição dominante no direito concorrencial brasileiro, quais sejam as condutas exclusionárias ou os abusos exclusionários.

Apesar de se tratar de conceito aberto e sujeito a elevado grau de indefinição jurídica, as condutas ou os abusos exclusionários podem ser compreendidos como práticas anticompetitivas – na forma de contratos, estratégias comerciais etc. – que visam à obtenção ou à manutenção de posição dominante por meio da imposição de dificuldades à entrada, ao funcionamento ou à expansão de mercado de concorrentes atuais ou potenciais⁴⁵².

Conforme discutido detalhadamente neste Capítulo, o tratamento de práticas exclusionárias constitui, sem dúvidas, a área da política de defesa da concorrência em que se verificam as maiores controvérsias no contexto mundial, seja pela ausência de uniformidade de modelos econômicos, seja pelas divergências nos critérios jurisprudenciais desenvolvidos e aplicados pelas autoridades antitruste⁴⁵³. Nesse campo, há intensa e constante disputa acerca de quais devem ser os *standards* jurídicos apropriados para avaliação dessas práticas. Tais controvérsias se tornam mais sofisticadas no contexto da repressão ao abuso de posição dominante de plataformas digitais.

Diante dos dissensos teóricos sobre a natureza jurídica do abuso de posição dominante e para que fiquem claras as premissas da proposta de remodelação do controle de condutas exclusionárias veiculada nesta tese, é indispensável examinar e esclarecer quais são os critérios substantivos (*substantive standards*) e os critérios jurídicos (*legal standards*) que informam a repressão de condutas exclusionárias no direito concorrencial brasileiro⁴⁵⁴.

Para que não parem dúvidas, deve-se assentar, desde logo, em que sentido esses dois termos são empregados nesta pesquisa. O critério substantivo (*substantive standards*) da ilicitude consiste no objetivo ou no valor normativo que define a ilicitude da prática exclusionária. Na tradição norte-

⁴⁵² HOVENKAMP, H. Exclusion and the Sherman Act. *The University of Chicago Law Review*, v. 72, p. 148, 2005; e BAKER, J. B. Exclusion as a core competition concern. *Antitrust Law Journal*, v. 3, p. 527, 2013.

⁴⁵³ FUMAGALLI, C.; MOTTA, M.; CALCAGNO, C. *Exclusionary practices: the economics of monopolisation and abuse of dominance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2018. pp. 1–5.

⁴⁵⁴ O significado dessas expressões é tomado, por empréstimo, de KATSOULACOS, Y. On the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, pp. 365–385, 2019.

americana, por influência da Escola de Chicago, a percepção majoritária define que o objetivo ou o valor de bem-estar do consumidor – no sentido de *consumer welfare* ou *total welfare* – constitui o único *standard* substantivo válido para a intervenção antitruste.

No direito comunitário europeu, ao contrário, há outros critérios substantivos disponíveis, como a proteção do processo competitivo ou a integração do mercado comum. Por seu turno, o *standard* jurídico corresponde ao conjunto de regras e métodos jurídicos utilizado pela autoridade antitruste para concluir se determinada conduta potencialmente abusiva deve ou não ser considerada ilícita. Os principais *standards* jurídicos conhecidos são o regime *per se* e o regime da regra da razão (*rule of reason*), embora existam diversos outros *standards* intermediários.

O desvendamento dos critérios substantivos e jurídicos será feito tomando-se como ponto de referência as experiências do antitruste nos sistemas norte-americano e europeu (item 1). Nesse aspecto, embora algumas vozes da doutrina nacional identifiquem maior aproximação do tratamento dado às condutas unilaterais e às restrições verticais no direito brasileiro à tradição do direito comunitário europeu, é possível observar que existem particularidades na definição dos critérios substantivos de fundamentação jurídica à repressão ao abuso de posição dominante que ultrapassam essa equiparação.

A partir da identificação dos critérios substantivos e jurídicos que imperam no controle concorrencial de condutas abusivas nos sistemas antitruste norte-americano e europeu, pretende-se, neste Capítulo, esclarecer a natureza jurídica do abuso de posição dominante no quadro da Lei de Defesa da Concorrência, tanto em termos do objetivo constitucional da proibição, quanto dos elementos normativos da noção de abuso (item 2). Em seguida, será brevemente discutido como, na prática, o CADE tem empregado esses critérios legais no tratamento de condutas unilaterais e restrições verticais exclusionárias (item 3).

1. Arquétipos das experiências do direito norte-americano e do direito comunitário europeu como pontos de referência

O tratamento de condutas exclusionárias constitui a área da política de defesa da concorrência em que se verificam as maiores controvérsias jurídicas, seja pela ausência de uniformidade de modelos econômicos que sirvam de base para a interpretação dos textos legais, seja pelas divergências nos critérios jurisprudenciais desenvolvidos e aplicados pelas autoridades antitruste⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ FUMAGALLI, C.; MOTTA, M.; CALCAGNO, C. *Exclusionary practices: the economics of monopolisation and abuse of dominance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2018. pp. 1–5.

A despeito de essa discussão assumir particularidades no âmbito de cada legislação nacional, as experiências norte-americana e comunitária europeia são comumente apontadas na literatura como dois arquétipos contrapostos⁴⁵⁶. As divergências entre os dois sistemas são significativas e podem ser atribuídas às diferentes raízes históricas das legislações, aos diferentes *designs* institucionais de tomada de decisão pelas autoridades e de revisão judicial e, principalmente, às diferentes concepções sobre as finalidades da política de defesa da concorrência⁴⁵⁷.

Compreender essa suposta dissociação de objetivos da repressão de condutas unilaterais afigura-se fundamental para as discussões sobre a análise antitruste de plataformas digitais, na medida em que parte significativa da literatura contemporânea tem buscado justificar os resultados divergentes das investigações contra as *big techs* nos dois lados do Atlântico, alegando justamente que, nos sistemas norte-americano e europeu, a intervenção antitruste visaria à proteção de valores não coincidentes ou opostos⁴⁵⁸.

Nesse sentido, a FTC, no julgamento do caso *Google Shopping*, ao decidir pelo arquivamento das investigações, sustentou que "embora alguns dos rivais do *Google* pudessem ter perdido vendas devido a uma melhoria no produto do *Google*, esses efeitos adversos sobre determinados concorrentes de uma rivalidade vigorosa seriam um subproduto comum da 'concorrência por mérito' e do processo competitivo que a lei antitruste incentiva" (tradução livre).

No mesmo diapasão, diversos autores ecoam a narrativa de que as decisões da Comissão Europeia contra plataformas digitais nos últimos anos representariam uma ode ao estruturalismo típico de um sistema que oblitera o critério do bem-estar do consumidor⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. *The Atlantic divide in antitrust: an examination of U.S. and E.U. competition policy*. Chicago: University of Chicago Press, 2015; FOX, E. M. Monopolization and abuse of dominance: why Europe is different. *The Antitrust Bulletin*, v. 59, n. 1, p. 151, 2014.

⁴⁵⁷ Tem sido constantemente argumentado na literatura que, no direito norte-americano, após a revolução de Chicago, o objetivo único da política antitruste consistiria no bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) ou, ainda, no bem-estar total (*total welfare*), enquanto, no direito comunitário europeu, haveria uma pluralidade de objetivos não econômicos a serem assegurados, tais como liberdade econômica (*economic freedom*), justiça (*fairness*), integração do mercado comum e proteção de pequenos e médios consumidores. A esse respeito, cf. BLAIR, R.; SOKOL, D. Welfare standards in U.S. and E.U. antitrust enforcement. *Fordham Law Review*, v. 81, pp. 2506–2513, 2013 ("unlike in the United States, the divide in Europe (...) is between different visions of competition - one based exclusively upon industrial organization economics versus a mix of industrial organization economics and noneconomic political goals"); e SOKOL, D. Troubled waters between U.S. and European antitrust. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 6, pp. 958–960, 2017.

⁴⁵⁸ WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. Antitrust and tech: Europe and the United States differ, and it matters. *CPI Antitrust Chronicle*, pp. 1–6, out. 2019; e FOX, E. M. Platforms, power, and the antitrust challenge: a modest proposal to narrow the U.S.-Europe divide. *Nebraska Law Review*, v. 98, n. 2, 2019.

⁴⁵⁹ SALIR, M. A.; LEVINSON, R. J. Economics and the FTC's Google investigation. *Review of Industrial Organization*, v. 46, n. 1, pp. 74–76, 2015; CLARK, T. Google v. Commissioner: a comparison of European Union and United States antitrust law. *Seton Hall Law Review*, p. 1042, 2017. ("E.U. antitrust law is concerned with protecting competitors because a dominant undertaking's alteration to the competitive structure indirectly harms consumers"); MANNE, G. A. Why U.S. antitrust law should not emulate European competition policy. *Statement on a comparative look at competition law approaches to monopoly and abuse of dominance in the U.S. and E.U. before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights*, p. 16, 2018

Para os objetivos desta tese, faz-se relevante compreender se e como essas divergências têm implicado distintos padrões de licitude dos comportamentos abusivos das plataformas digitais. Nesse aspecto, a incursão na experiência comparada cumpre o papel de esclarecer em que medida os diferentes resultados nas investigações de abuso de posição dominante nos dois lados do Atlântico se devem, de fato, à eleição de finalidades distintas para a política antitruste ou tão somente às diferenças marginais dos *standards* da análise de condutas unilaterais⁴⁶⁰.

Considerando que esta pesquisa propõe uma reformulação do enquadramento do abuso de posição dominante na legislação antitruste brasileira com vistas a privilegiar a proteção da inovação, há duas hipóteses sobre as divergências entre a aplicação das legislações antitruste nos sistemas norte-americano e europeu em relação às plataformas digitais que merecem ser aqui aprofundadas.

A primeira estabelece que as práticas unilaterais investigadas só são condenadas no direito comunitário europeu porque a aplicação do art. 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) teria como finalidade precípua a preservação do processo competitivo em si, ao passo que, no direito norte-americano, a violação à seção 2 do *Sherman Act* demandaria demonstração de efetiva perda do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*).

A segunda, ainda mais central para esta tese, determina que os dois sistemas enxergariam de forma distinta o papel do antitruste na promoção da inovação. Enquanto no direito comunitário europeu essa intervenção serviria para fomentar a inovação, a percepção dominante nos EUA seria de que a aplicação da lei antitruste gera maiores riscos negativos sobre tais incentivos.

O desvendamento das duas hipóteses servirá para que se esclareça sobre quais premissas está estruturada a proposta consubstanciada nesta tese. Consoante será demonstrado, o enquadramento jurídico dos atos de monopolização (item 1.1) e dos atos de abuso de posição dominante (item 1.2) é bastante controvertido em ambos os sistemas, norte-americano e europeu. Além disso, cada um desses sistemas desenvolveu abordagens próprias de tratamento de condutas de exclusão sob o enfoque da concorrência dinâmica (item 1.3).

("the reality is that the Commission's Google Search decision offers a defense only of a structuralist approach aimed at protecting competitors, not consumers").

⁴⁶⁰ Será abordado detalhadamente nas seções 1.2. e 1.3 deste Capítulo.

1.1 Atos de monopolização na seção 2 do Sherman Act

No direito norte-americano, as condutas exclusionárias são endereçadas a partir da etiqueta legal de atos de monopolização (*monopolization practices*), prevista na seção 2 do *Sherman Act*⁴⁶¹. Apesar da centenária aplicação desse dispositivo, até hoje os atos de monopolização são fracamente definidos na jurisprudência e na doutrina, de sorte que não há uma formulação jurídica universalmente aceita⁴⁶².

Do ponto de vista histórico, é possível situar pelo menos duas fases na jurisprudência dos Tribunais norte-americanos⁴⁶³. A primeira coincide com o período clássico do antitruste, que se inicia com a publicação do *Sherman Act*, em 1890, e perdura até os anos 1940. Nesse período, em que foram julgados os famosos casos *Standard Oil*⁴⁶⁴ e *American Tobacco*⁴⁶⁵, os Tribunais consideravam que uma empresa poderia ser condenada pela seção 2 do *Sherman Act* se ela praticasse, de forma unilateral e com intenção de monopolizar um mercado, as mesmas condutas puníveis pela seção 1 do *Sherman Act* por meio de acordos com concorrentes⁴⁶⁶.

Ou seja, além de se fazer uma aproximação conceitual das duas modalidades de abuso, buscava-se examinar, a partir de fatos objetivos, se a conduta poderia ser considerada uma exteriorização de uma intenção específica de monopolizar (*specific intent to monopolize*), a qual poderia ser inferida quando a conduta não pudesse ser justificada com base em objetivos competitivos legítimos⁴⁶⁷. Essa perspectiva assumia que muitas práticas unilaterais poderiam ser consideradas *per se* ilegais, o que, frequentemente, reduzia a análise antitruste ao enquadramento desse teste de intenção específica.

⁴⁶¹ EUA. Sherman Act, section 2. ("every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony").

⁴⁶² ELHAUGE, E. Defining better monopolization standards. *Stanford Law Review*, p. 266, 2003 (ao criticar essa falta de uniformidade, o autor aduz que "current tests of monopolization leave us uncertain about not only how many hairs you need to escape being bald, but even whether the existence of a particular kind of follicle cuts for or against a conclusion of baldness"); e HOVENKAMP, H. Exclusion and the Sherman Act. *The University of Chicago Law Review*, v. 72, p. 148, 2005.

⁴⁶³ HYLTON, K. N. The law and economics of monopolization standards. In: HYLTON, K. N. (ed.). *Antitrust law and economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010. pp. 84-87.

⁴⁶⁴ EUA. SUPREMA CORTE. *Standard Oil Co. of N. J. v. United States*, 221 U.S.1, 31 S.Ct. 502. 1911. ("competition has been fore-closed in a substantial share of the line of commerce affected").

⁴⁶⁵ EUA. SUPREMA CORTE. *American Tobacco*. 221 U.S., 31 S. Ct. 362. 1911.

⁴⁶⁶ HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Academic Publishing, 2016. p. 354.

⁴⁶⁷ HYLTON, K. N. The law and economics of monopolization standards. In: HYLTON, K. N. (ed.). *Antitrust law and economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 85 ("specific intent to monopolize, in turn, is inferred by conduct that cannot be justified on the basis of legitimate competitive goals, conduct that can be understood only as an effort to destroy competition from rivals").

A segunda fase histórica se desenvolve a partir da famosa decisão do Segundo Circuito no caso *Alcoa* de 1945⁴⁶⁸. De um lado, essa decisão pode ser identificada como o ápice de uma perspectiva típica da Escola de Harvard, na medida em que explicitamente assume que o objetivo da legislação antitruste seria a manutenção de estruturas de mercados desconcentradas⁴⁶⁹. Por outro, a posição do Juiz Hand marca um primeiro movimento, ainda que tímido, de abandono do uso do padrão de ilicitude *per se* em direção a uma abordagem de balanceamento dos efeitos⁴⁷⁰.

A decisão ressaltava que um agente econômico monopolista poderia ser eximido de responsabilidade pela violação à seção 2 se ficasse demonstrado que o exercício do seu monopólio ocorreu por diversos fatores de superioridade econômica, tais como eficiências econômicas ou tecnológicas ou mesmo baixas margens de lucros mantidas permanentemente e sem discriminação⁴⁷¹.

A jurisprudência passou a ecoar a evolução dos trabalhos da Escola de Chicago, que, a partir do início da década de 1950, argumentava que muitas práticas unilaterais de monopolização deveriam ser reputadas *per se* legais⁴⁷². Essa crença estruturava-se em duas premissas principais: (i) a ideia de que as condutas unilaterais poderiam gerar eficiências econômicas; e, principalmente, (ii) a noção de que seriam raras as situações fáticas em que o agente econômico com posição dominante teria incentivo para excluir concorrentes igualmente eficientes⁴⁷³.

A influência dessas construções na jurisprudência norte-americana é consistente, porém, parcial. Se por um lado a visão redentora das restrições verticais afastou padrões rígidos de legalidade e abriu caminho para a análise de eficiências, por outro, o padrão de licitude *per se* dessas práticas não foi incorporado na jurisprudência.

Partindo do raciocínio de balanceamento inicialmente desenvolvido no caso *Alcoa*, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu, no caso *Grinnell*, de 1966, que a ofensa à seção 2 pressuporia a verificação de dois elementos: "(i) a detenção de poder de monopólio em um mercado

⁴⁶⁸ EUA. CORTE DO SEGUNDO CIRCUITO. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416. 1945.

⁴⁶⁹ EUA. CORTE DO SEGUNDO CIRCUITO. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416. 1945. § 429. ("throughout the history of these statutes it has been constantly assumed that one of their purposes was to perpetuate and preserve, for its own sake and in spite of possible cost, an organization of industry in small units which can effectively compete with each other").

⁴⁷⁰ HYLTON, K. N. The law and economics of monopolization standards. In: HYLTON, K. N. (ed.). *Antitrust law and economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 85.

⁴⁷¹ HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Academic Publishing, 2016. p. 355.

⁴⁷² BORK, R. H. The rule of reason and the *per se* concept: price fixing and market division. *The Yale Law Journal*, v. 75, n. 3, pp. 373–475, 1966; e POSNER, R. A. Next step in the antitrust treatment of restricted distribution: *per se* legality. *The University of Chicago Law Review*, v. 48, n. 1, pp. 6–26, 1981.

⁴⁷³ EVANS, D. S.; PADILLA, A. J. Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a neo-Chicago approach. *The University of Chicago Law Review*, v. 209, n. 1993, p. 74, 2004; PAGE, W. H. The scope of liability for antitrust violations. *Stanford Law Review*, v. 37, n. 6, pp. 93–94, 1985; e BAKER, J. A preface to post-Chicago antitrust. In: *Post-Chicago developments in antitrust law*. Nova Iorque: Edward Elgar Publishing, 2002. pp. 65–66.

relevante; e (ii) a aquisição ou manutenção intencional desse poder de mercado, o que não se confunde com o crescimento ou desenvolvimento como consequência de um produto superior, perspicácia comercial ou acidente histórico" (tradução livre)⁴⁷⁴.

Tal tentativa de sistematização, no entanto, revelou-se imprecisa, tanto por não ser evidente para os Tribunais inferiores o alcance da exigência do poder de monopólio quanto por não terem sido fixados critérios capazes de separar uma aquisição ou manutenção ilícita do poder de mercado das práticas comerciais regulares⁴⁷⁵.

Nas últimas três décadas, a doutrina identificada com o movimento pós-Chicago tem proposto diversos testes legais com base em modelos econômicos aplicados que assinalam as circunstâncias em que o agente dominante teria efetivamente capacidade e incentivo de se engajar em estratégias exclusionárias. Os testes mais difundidos nesse sentido são: (i) do rival igualmente eficiente (*equally-efficient-competitor*)⁴⁷⁶; (ii) do sacrifício de lucros recuperáveis⁴⁷⁷; e (iii) do aumento dos custos dos rivais⁴⁷⁸.

De forma comum, todos eles exigem demonstrações factuais específicas de determinada conduta exclusionária ser capaz de reduzir o bem-estar social a partir de parâmetros econômicos dados – *e.g.* parâmetros de elasticidade da demanda, magnitude de custos fixos etc.⁴⁷⁹. A aplicabilidade dos testes será discutida em detalhes no Capítulo 6.

A definição provavelmente mais abrangente na literatura é dada por AREEDA E HOVENKAMP, que acentuam que, para os fins de aplicação da Seção 2 do *Sherman Act*, consideram-se condutas exclusionárias os atos que "(i) são razoavelmente capazes de criar, aumentar ou prolongar o poder de monopólio ao desequilibrar as oportunidades dos rivais; e (ii.a) não geram nenhum benefício aos consumidores, (ii.b) são desnecessários para a produção de dado benefício ao consumidor decorrente do ato ou, ainda, (ii.c) produzem danos desproporcionais aos benefícios resultantes" (tradução livre). Esse conceito pode ser tomado como um quadro geral de aplicação dos atos de

⁴⁷⁴ EUA. SUPREMA CORTE. *United States v. Grinnell Crop*. 384 US. 563, 86 S. Ct. 1966.

⁴⁷⁵ ELHAUGE, E. Defining better monopolization standards. *Stanford Law Review*, pp. 257–268, 2003 ("both elements suffer from an uncertainty that is as extensive as it is unnecessary").

⁴⁷⁶ POSNER, R. *Antitrust law*. University of Chicago Press: Chicago, 2001. pp. 941-495.

⁴⁷⁷ MELAMED, D. Exclusionary conduct under the antitrust laws: balancing, sacrifice, and refusals to deal. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 398, n. 2004, pp. 1247–1267, 2005; e VICKERS, J. Abuse of market power. *The Economic Journal*, v. 115, n. 504, pp. 244–261, 2005. Destaca-se que, embora o teste de sacrifício dos lucros tenha sido originalmente aplicado nas investigações de preços predatórios, alguns autores tais como os citados anteriormente buscaram generalizá-lo como um teste amplo para definir quando determinada conduta se caracterizaria efetivamente exclusionária.

⁴⁷⁸ SALOP, S. C. Exclusionary conduct, effect on consumers, and the flawed profit-sacrifice standard. *Antitrust Law Journal*, v. 73, n. 2, pp. 311–374, 2006.

⁴⁷⁹ EVANS, D. S.; PADILLA, J. A. Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a neo-Chicago approach. *The University of Chicago Law Review*, v. 209, n. 1993, pp. 79–80, 2004. Para uma análise panorâmica desses testes, cf. HOVENKAMP, H. Exclusion and the Sherman Act. *The University of Chicago Law Review*, v. 72, pp. 153–162, 2005.

monopolização no direito norte-americano, embora, para gêneros de atos de monopolização – *e.g.* recusas de contratação, venda casada etc. –, sejam pressupostos legais específicos⁴⁸⁰.

A despeito dos avanços na literatura, na tentativa de balizar os testes legais, as decisões mais recentes dos Tribunais norte-americanos em matéria de atos de monopolização não adotam *standards* uniformes. Por isso, ao examinarem de forma transversal a jurisprudência formada em matéria de recusa de contratar, contratos de exclusividade e venda casada, diversos autores contemporâneos ainda diagnosticam que as posições das Cortes estão mais próximas a uma abordagem dos riscos de fechamento de mercado delineada na Escola de Harvard do que das presunções estabelecidas pela Escola de Chicago⁴⁸¹.

Feitos esses breves esclarecimentos acerca da experiência norte-americana, faz-se oportuno examinar suas aproximações e seus distanciamentos com a experiência europeia.

1.2. Abuso de posição dominante no art. 102 do TFUE

No âmbito supranacional europeu, a proibição ao abuso de posição dominante surgiu com a edição do art. 86 do Tratado de Roma de 1957, equivalente à redação atual do art. 102 do TFUE⁴⁸². Esse dispositivo é aplicado pela Comissão Europeia, na condição de autoridade antitruste supranacional, e pelos Estados Membros. Sua compreensão assume especial relevância para o controle de condutas no direito concorrencial brasileiro, à medida que diversos autores apontam que o enquadramento das infrações à ordem econômica na legislação nacional teria sido fortemente influenciado pelo direito comunitário europeu⁴⁸³.

⁴⁸⁰ ELHAUGE, E. Defining better monopolization standards. *Stanford Law Review*, p. 264, 2003; e HOVENKAMP, H. J. Exclusion and the Sherman Act. *The University of Chicago Law Review*, v. 72, p. 150, 2005.

⁴⁸¹ HOVENKAMP, H. J. The *Harvard* and Chicago Schools and the dominant firm. In: PITOFSKY, R. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Nova Iorque: Oxford Univeristy Press, 2008. p. 111 ("*notwithstanding Chicago School efforts to write 'foreclosure' out of the list of worthwhile antitrust concerns, the case law continues to recognize a concept of market foreclosure that has been a mainstay of Harvard School antitrust policy*"); e HYLTON, K. N. The law and economics of monopolization standards. In: HYLTON, K. N. (ed.). *Antitrust law and economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 87.

⁴⁸² UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. "Art. 102. É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos".

⁴⁸³ GERADIN, D.; NETO, C. M. da S. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do direito concorrencial no Brasil e na União Europeia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 25 (afirma que "o Brasil foi significativamente influenciado pela política concorrencial da UE"); e AZEVEDO, P. F. de. Restrições verticais e defesa da

Do ponto de vista histórico, há pouca clareza sobre as intenções legislativas que levaram à posituação da norma de proibição do abuso de posição dominante no Tratado de Roma de 1957. Por um lado, é possível afirmar, com razoável segurança, que a previsão das regras de defesa da concorrência no Tratado de Roma (art. 85 e art. 86) se orientou pelo espírito de proteção do mercado comum europeu e de rejeição à criação de restrições privadas ao comércio supranacional⁴⁸⁴. Todavia, não se pode precisar em que medida houve a clara deliberação de estruturar um regime paralelo ao do *Sherman Act*.

Nas etapas preparatórias de formulação do quadro comum europeu, as divergências ideológicas entre um regime de proibição estrita dos monopólios e um regime de ponderação foram bem representadas nos debates entre as delegações francesa e alemã, cujas posições são apontadas na literatura como as visões extremadas sobre a essência das regras de defesa da concorrência⁴⁸⁵.

Em síntese, enquanto os franceses propunham que as regras antitruste deveriam se estruturar a partir de um princípio geral de não discriminação que obrigaria as empresas a tratarem consumidores e fornecedores de forma isonômica em termos de preço e de condições de mercado, a proposta alemã segmentava as normas proibitivas de cartéis e atos de dominação de mercado, sem prever a proibição em si dos monopólios⁴⁸⁶.

A perspectiva alemã defendia que apenas os atos de abuso de poder econômico seriam proibidos, o que refletia o consenso da doutrina germânica de que posições de dominância obtidas por um melhor desempenho de concorrência pelo mérito não deveriam ser punidas⁴⁸⁷. Os anais dos debates sugerem também que os representantes da delegação alemã denunciavam que a regra geral

concorrência: a experiência brasileira. *Textos para discussão. Escola de Economia de São Paulo FGV/SP*, v. 234, n. 1, pp. 7–8.

⁴⁸⁴ Um importante marco para as discussões sobre a origem das normas antitruste no Tratado de Roma coincide com a elaboração do *Spaak Report*. Trata-se de um relatório elaborado por um comitê intergovernamental formado na Conferência de Messina de 1955, cujos trabalhos eram conduzidos sob a presidência do Ministro das Relações Exteriores belga Paul-Henri Spaak. Nesse documento, foram estabelecidos os princípios que deveriam basear as regras de defesa da concorrência, destacando-se que o funcionamento do mercado comum europeu não poderia prescindir de regras que garantissem a alocação eficiente de recursos (*la répartition la plus rationnelle des activités*), o aumento da qualidade de vida dos europeus (*au relèvement général du niveau de vie*) e a aceleração das taxas de crescimento econômico (*un rythme plus actif d'expansion*). (COMITÉ INTERGOUVERNEMENTAL CRÉÉ PAR LA CONFÉRENCE DE MESSINE. *Rapport des Chefs de Délégation Aux Ministres des Affaires Etrangères*, v. 56, pp. 53 e ss., 1956). A interpretação majoritária na doutrina estabelece que o *Spaak Report* teria esclarecido que as condições de livre concorrência deveriam ser preservadas tanto em relação à atuação dos Estados quanto aos agentes privados, cuja proibição de práticas anticompetitivas tornar-se-ia, assim, elementar para o funcionamento do mercado comum. A esse respeito, cf. GERBER, D. J. *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 342–345.

⁴⁸⁵ AKMAN, P. Searching for the long-lost soul of article 82 EC. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 2, p. 283, 2009.

⁴⁸⁶ NAZZINI, R. *The foundations of European Union law: the objective and principles of article 102*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. pp. 127–131.

⁴⁸⁷ SCHWEITZER, H. Parallels and differences in the attitudes towards single-firm conduct: what are the reasons? The history, interpretation and underlying principles of sec. 2 Sherman Act and art. 82 EC. *EUI LAW Working Paper No. 2007/32*, n. 1, pp. 10–12, 2011.

de não discriminação prevista na proposta francesa fulminaria os efeitos positivos do tratamento diferenciado principalmente em mercados oligopolistas e, além disso, seria um verdadeiro convite à cartelização⁴⁸⁸. Diante dessas posições antagônicas, a inserção da regra de abuso é vista como uma fórmula compromissória adotada pelos Estados Membros para evitar a proibição completa dos monopólios⁴⁸⁹.

Além do obscurantismo subjacente à formação do quadro comum europeu, parte da literatura sustenta que a proibição de abuso de posição dominante no direito comunitário teria forte influência do movimento ordoliberal⁴⁹⁰.

O ordoliberalismo consiste em corrente intelectual desenvolvida na Alemanha, nas décadas de 1930 e 1940, a partir dos trabalhos de WALTER EUCKEN, FRAZ BÖHM E HANS GROSSMANN-DOERT, que propunha uma renovação do liberalismo econômico, ao acentuar que os valores humanos de liberdade econômica e de justiça social só poderiam ser alcançados a partir da consagração de uma ordem constitucional econômica informada por decisões políticas e jurídicas.

Na perspectiva ordoliberal, a realização de uma sociedade próspera dependeria da capacidade de essa moldura constitucional econômica proteger o processo competitivo livre de distorções públicas ou privadas, a fim de que os benefícios de um mercado livre pudessem ser equitativamente distribuídos⁴⁹¹. A despeito das múltiplas interpretações históricas disponíveis, parte considerável da doutrina antitruste europeia sustenta que, devido à influência ordoliberal, a aplicação das leis de defesa da concorrência no direito comunitário europeu seria informada pelo

⁴⁸⁸ MÜLLER-ARMACK, A. *Darlegungen des Sprechers der deutschen Delegation zu den Entwürfen der Artikel 40-43, 08.09.56*. In: SCHULZE, R.; HOEREN, T. *Dokumente zum Europäischen Recht - Band 3 - Kartellrecht (bis 1957)*. Berlin: SprIr International Publishing, 2000. pp. 167–168 ("*diskriminierung oder die unterschiedliche Preisstellung gehört zu den legalen Formen des Wettbewerbs. Würde man die unterschiedliche Behandlung von Abnehmern oder Lieferanten verbieten, so würde damit eine Regel zur Behinderung und nicht zur Förderung des Wettbewerbs geschaffen. (...) Das Verbot der unterschiedlichen Behandlung kommt einer staatlichen Aufforderung zur Kartellbildung sehr nahe*").

⁴⁸⁹ AKMAN, P. Searching for the long-lost soul of article 82 EC. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 2, pp. 290–291, 2009 ("*the 'abuse' prohibition was offered to avoid, and as an alternative to, an outright prohibition of dominant positions*").

⁴⁹⁰ Essa posição é defendida, sobretudo, em GERBER, D. J. *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 264. (ao tratar das origens da regra legal de abuso de posição dominante no direito europeu: "*the concept of prohibiting abuse of market-dominating position was an important new development that was particularly closely associated with ordoliberal and German competition law an very different from the discourse of U.S. Law*"); GORMSEN, L. L. The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of article 82 EC. *European Competition Journal*, v. 1056, pp. 336–338, 2016 (argumenta que as decisões das Cortes Europeias em matéria de abuso de posição dominante, em especial a decisão do caso *British Airways*, refletiria a ideia ordoliberal de concorrência como garantia institucional); e, também, BEHRENS, P. The ordoliberal concept of "abuse" of a dominant position and its impact on article 102 TFEU. *Discussion Paper 7/15, Europa-Kolleg Hamburg*, pp. 1–35, 2015.

⁴⁹¹ GERBER, D. J. *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998. pp. 250–253.

objetivo intrínseco de preservar o processo competitivo nos mercados e o direito de liberdade econômica em si mesmos⁴⁹².

Essa visão contrastaria com o objetivo de proteção do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), advogado pelo *mainstream* do pensamento econômico neoclássico, haja vista que, na visão ordoliberal, a eficiência seria um objetivo meramente indireto de uma política de concorrência que existe para preservar o direito dos agentes econômicos de fazerem as suas escolhas sem serem constrangidos pelo poder econômico privado⁴⁹³.

Em decorrência desse amálgama bastante complexo de experiências históricas e intelectuais do direito europeu, não é fácil precisar em que medida a cláusula de abuso de posição dominante prevista atualmente no art. 102 do TFUE volta-se à perseguição dos valores econômicos de eficiência e bem-estar do consumidor, ou se a norma se veicularia a uma proteção da liberdade econômica de forma mais genérica. Essa indefinição, de uma forma ou de outra, sempre assombrou a jurisprudência construída em torno dos atos de abuso de posição dominante.

Inicialmente, o art. 82 do Tratado de Roma de 1957 não foi aplicado pelas Cortes europeias até os anos 1970. Durante esse período, havia intensas divergências sobre se a norma inicialmente prevista no Tratado de Roma veicularia tão somente vedação comportamental aos abusos diretos de exploração do consumidor – condutas exploratórias – ou se a lógica subjacente seria a proteção contra práticas que excluem os competidores – condutas exclusionárias⁴⁹⁴.

Tal indefinição permaneceu pelo menos até o início das primeiras respostas jurisprudenciais do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). No primeiro precedente julgado – o caso *Continental Can*, de 1973⁴⁹⁵ –, esclareceu-se que o então art. 82 do Tratado de Roma deveria ser interpretado a partir do objetivo maior de garantir um sistema de concorrência não distorcida no mercado comum europeu e que, nesse aspecto, a finalidade do referido dispositivo seria proteger a estrutura competitiva do mercado, o que não equivaleria à proibição da posição dominante em si,

⁴⁹² Por todos, cf. LIANOS, I.; KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. pp. 98–115.

⁴⁹³ MÖSCHEL, W. Competition policy from an ordo point of view. In: PEACOCK, A.; WILLGERODT, E. H. (ed.) *German neoliberals and the social market economy*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1989. p. 146. ("the actual goal of the competition policy of Ordo-liberalism lies in the protection of individual economic freedom of action as a value in itself, or vice versa, in the restraint of undue economic power [...] Economic efficiency as a generic term for growth, for the encouragement and development of technical progress and for allocative efficiency, is but an indirect and derived goal").

⁴⁹⁴ SCHWEITZER, H. Parallels and differences in the attitudes towards single-firm conduct: what are the reasons? The history, interpretation and underlying principles of sec. 2 Sherman Act and art. 82 EC. *EUI Law Working Paper No. 2007/32*, n. 1, pp. 18–19, 2011.

⁴⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. TJUE. *Europemballage Corporation e Continental Can Company vs. Comissão das Comunidades Europeias*. Acórdão de 21 de fevereiro de 1973.

mas sim à defesa da concorrência residualmente formada a partir da posição de dominância (*Restwettbewerb*)⁴⁹⁶.

Essa perspectiva teológica, por sua vez, implicaria tanto vedações às condutas exploratórias, assim entendidas como aquelas condutas que causam danos diretos aos consumidores na forma de aumentos excessivos de preços, quanto em relação às condutas exclusionárias em si⁴⁹⁷.

Nas décadas seguintes, a jurisprudência parece ter estabilizado o conceito de conduta exclusionária desenvolvido no caso *Hoffman-La Roche*⁴⁹⁸, no qual se esclareceu que seriam enquadráveis no art. 102 do TFUE os comportamentos de uma empresa em posição dominante que (i) fossem suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido; e (ii) que tivessem como consequência impedir, por meios diferentes daqueles que regem uma concorrência pelo mérito, a manutenção do grau de competição ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência⁴⁹⁹.

O referido conceito foi complementado, nos anos seguintes, pela noção de responsabilidade especial do agente dominante definida no caso *Michelin I*, segundo o qual a posição dominante, ainda que não ilícita em si, implica para o agente econômico uma "responsabilidade especial de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum" (tradução livre)⁵⁰⁰. Esse conceito é, com frequência, equivocadamente atribuído a uma abordagem quase regulatória das regras de defesa da concorrência no sistema europeu⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. TJUE. *Europemballage Corporation e Continental Can Company vs. Comissão das Comunidades Europeias*. Acórdão de 21 de fevereiro de 1973. p. 123 ("ainda que uma condição tão restritiva como a eliminação de toda a concorrência não seja exigida em todos os casos, dado que a Comissão adoptou a sua decisão com base nessa eliminação, compete-lhe justificá-la suficientemente ou, pelo menos, provar que a concorrência foi afectada de tal forma que os competidores residuais não podiam constituir um contrapeso suficiente").

⁴⁹⁷ GORMSEN, L. L. *A principled approach to abuse of dominance in European competition law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 18.

⁴⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. TJUE. *Hoffmann-La Roche & Co. AG vs. Comissão das Comunidades Europeias*. Acórdão de 13 de fevereiro de 1979.

⁴⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. TJUE. *Hoffmann-La Roche & Co. AG vs. Comissão das Comunidades Europeias*. Acórdão de 13 de fevereiro de 1979. p. 252. ("a noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência").

⁵⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. TJUE. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin vs. Comissão das Comunidades Europeias*. Acórdão de 9 de novembro de 1983. § 57 ("a finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market").

⁵⁰¹ NAZZINI, R. *The foundations of European Union law: the objective and principles of article 102*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 173.

Embora esses precedentes clássicos tenham definido o núcleo conceitual do abuso de posição dominante, a jurisprudência europeia sempre deixou dúvidas quanto aos elementos que definem o ilícito. Revelam-se principalmente confusos os parâmetros utilizados pelos Tribunais para separarem os atos de abuso daquilo que, no caso *Hoffman-La Roche* e em decisões subsequentes, chamou-se de "concorrência normal" ou "concorrência pelo mérito"⁵⁰².

Nessa separação, havia uma grande dificuldade por parte da Comissão Europeia e dos Tribunais europeus em esclarecer se, para os fins de aplicação do art. 102 do TFUE, seria necessário ou não provar concretamente efeitos anticompetitivos. A prevalência de critérios legais próximos à abordagem "por objeto" em decisões como as dos casos *Michelin II*⁵⁰³ e *British Airways*⁵⁰⁴ intensificou as críticas de que a aplicação do art. 102 do TFUE estaria mais focada na "forma" de condutas abusivas como as de descontos condicionais⁵⁰⁵.

A partir da segunda metade da década de 2000, buscando responder às acusações de que os Tribunais europeus estariam aplicando *standards* de ilicitude baseados exclusivamente na apreciação de forma das condutas abusivas independentemente de seus efeitos demonstrados⁵⁰⁶, a Comissão Europeia deflagrou um processo de revisão do art. 102 do TFUE, a fim de tornar a sua aplicação mais alinhada com a teoria econômica aplicada do antitruste (*more economic approach*)⁵⁰⁷.

⁵⁰² LANG, J. T.; O'DONOGHUE, R. The concept of an exclusionary abuse under article 82 EC. *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, v. 1, pp. 40–41, jul. 2005.

⁵⁰³ UNIÃO EUROPEIA. TJUE. *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Comissão das Comunidades Europeias*. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30 de setembro de 2003.

⁵⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Virgin vs. British Airways*. Decisão da Comissão de 14 de julho de 1999.

⁵⁰⁵ LANG, J. T. *et. al.* Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under article 82 EC. *Fordham International Law Journal*, v. 26, n. 1, p. 158, 2002 ("*much of Community competition law on pricing practices is concerned with the form of the pricing measure rather than its economic effect and implications for consumer welfare*"); e WAELBROECK, D. *Michelin II: a per se rule against rebates by dominant companies?* *Journal of Competition Law and Economics*, v. 1, pp. 149–171, 2005 ("*the Court should not have put the burden of proof for the justification of quantitative rebates upon the dominant company*").

⁵⁰⁶ Para uma visão geral sobre essas críticas, cf. O'DONOGHUE, R.; PADILLA, J. A. *The law and economics of article 82 EC*. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006. pp. 177–178 (relata que "*the practical application of Article 82 EC by the Community institutions and national authorities has been criticised as lacking clarity, consistency, and economic rigour*").

⁵⁰⁷ AKMAN, P. The European Commission's guidance on article 102 TFEU: from inferno to paradiso? *The Modern Law Review*, v. 73, n. 1, pp. 606–607, 2010 ("*this rethinking was preceded by severe criticism directed at the Commission for 'protecting competitors, not competition' when enforcing Article 102 TFEU and for not having a sufficiently economic, effects-based approach*"). O principal evento deflagrador desse processo foi a publicação de um *report* elaborado por um grupo de consultores economistas supervisionados pelo *DGComp*. Esse grupo defendia que a aplicação do então art. 82 do TFEU deveria ser remodelada para privilegiar uma abordagem econômica por efeitos (*effect-based approach*), à semelhança do que se fazia no controle de estruturas. A esse respeito, cf. REY, P. *et. al. Report "An economic approach to article 82"*: Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP). [s.l.: s.n.]: 2005. p. 3.

Os principais resultados desse processo de revisão consistem na edição de um *discussion paper*, em 2005⁵⁰⁸, o qual, cerca de três anos depois, deu origem à *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*⁵⁰⁹. Nos termos do mencionado guia, estabeleceu-se que as condutas anticompetitivas exclusionárias – denominadas fechamentos de mercados anticompetitivos (*anti-competitive foreclosure*) – corresponderiam a situações em que "o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efetivo dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que provavelmente permitirá a esta última aumentar, de forma rentável, o preço cobrado aos consumidores"⁵¹⁰. A visão majoritária na literatura determina que esse guia teria significado uma reação às incertezas criadas pela jurisprudência da própria Comissão e uma tentativa de parametrizar a atuação da autoridade antitruste a partir de princípios que refletissem consensos do *mainstream* da teoria econômica⁵¹¹.

A despeito da tentativa de harmonizar os critérios jurídicos aplicáveis, a jurisprudência da Comissão Europeia acumulada nas duas últimas décadas expõe a existência de duas vertentes de apreciação de condutas exclusionárias mais ou menos definidas: (i) uma aplicada a casos de contratos de exclusividade e *rebates*, que presume o potencial de restrição da concorrência a partir do próprio objeto da conduta – análise por objeto ou análise por efeitos truncada – e (ii) outra aplicada a casos de *margin squeeze* e recusa de contratar, que assume como ônus da própria autoridade provar que da prática investigada emergiram efeitos anticompetitivos não adequadamente compensados pelas justificativas objetivas – análise por efeitos⁵¹².

1.3. Tratamento dos abusos de exclusão em mercados dinâmicos

A prevalência de valores normativos distintos nas experiências antitruste norte-americana e europeia se refletiu, ao longo das décadas de 1990 e 2000, em diferentes formas de incorporação das teorias de concorrência dinâmica, discutidas no Capítulo 1. Conforme será descrito neste item, é

⁵⁰⁸ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *DG competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. [s.l.: s.n.]: 2005.

⁵⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*. *Jornal Oficial da União Europeia*, pp. 7–20, 2009.

⁵¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*. *Jornal Oficial da União Europeia*, pp. 7–20, 2009. § 19.

⁵¹¹ COLOMO, P. I. *The shaping of EU competition law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 176.

⁵¹² COLOMO, P. I. *Beyond the "more economics-based approach"*: a legal perspective on article 102 TFEU case law. 2016. p. 4.

possível assentar que o direito da concorrência norte-americano e europeu divergem sobre o papel da repressão ao abuso de posição dominante no estímulo e na proteção da inovação⁵¹³.

Considerando que a perspectiva de concorrência dinâmica se desenvolveu a partir da rejeição à teoria econômica, que servia de suporte ao modelo, não seria improvável imaginar que essa desconstrução dos pilares da Escola de Chicago também demandaria a adaptação das ferramentas utilizadas na atuação prática das agências antitruste⁵¹⁴.

Do final dos anos 1900 ao início dos anos 2000, adquiriu relevância a discussão sobre se as ferramentas tradicionais da análise de condutas seriam ainda suficientes para lidar com mercados da nova economia. A expressão passou a ser utilizada para designar mercados caracterizados por um intenso dinamismo tecnológico, tais como os mercados de produção de *softwares* para computadores, mercados baseados na internet e mercados de serviços e equipamentos de comunicações.

Diferentemente dos mercados em que a política antitruste é tradicionalmente empregada, os setores da nova economia são marcados por elevadas economias de escala e de escopo, exigência de baixos investimentos iniciais, presença de efeitos de redes positivos e, principalmente, altas taxas de inovação⁵¹⁵.

No contexto norte-americano, a partir da segunda metade da década de 1990, houve uma crescente crítica da literatura no sentido de que a aplicação do *Sherman Act* às indústrias dinâmicas deveria ser profundamente ressignificada. Esse movimento foi capitaneado pelos trabalhos de autores como EVANS E SCHLAMANSSEE⁵¹⁶, SIDAK⁵¹⁷, TEECE⁵¹⁸, POSNER⁵¹⁹, SHELANSKI⁵²⁰, que, em

⁵¹³ Essa visão de dois modelos ideais de tratamento da inovação nas investigações de abuso é explicitada em GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. Antitrust approaches to dynamically competitive industries in the United States and the European Union. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 3, pp. 695–731, 2011; e LAROUCHE, P.; SCHINKEL, M. P. Continental drift in the treatment of dominant firms: article 102 TFEU in contrast to § 2 Sherman Act. In: BLAIR, R.; SOKOL, D. *The Oxford handbook of international antitrust economics*. v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 172–173.

⁵¹⁴ No contexto norte-americano, algumas mudanças na política antitruste podem ser associadas a esse movimento de valorização da inovação, tais como (i) a edição conjuntamente pelo DoJ e pela FTC do *Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property* e (ii) as mudanças no *Horizontal mergers guideline*, que passou a permitir às autoridades antitruste utilizar o *Clayton Act* para proibir fusões que tivessem efeitos adversos em mercados de inovação. Paralelamente, o debate sobre os casos *Microsoft* também acendeu essa discussão. Para uma visão ampla desse fenômeno, cf. GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: E.U. competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. pp. 63–73.

⁵¹⁵ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: JAFFE, A. B.; LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy*. v. 2. [s.l.]: MIT Press, 2005. pp. 1–51.

⁵¹⁶ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: JAFFE, A. B.; LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy*. v. 2. [s.l.]: MIT Press, 2005. pp. 1–51; EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The industrial organization of markets with two sided platforms. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 150–179, 2007.

⁵¹⁷ SIDAK, G. J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, pp. 581–631, 2009.

linhas gerais, reivindicavam adaptações na avaliação de poder de mercado de agentes dominantes e protestavam por uma postura mais deferente das autoridades antitruste ao regime de direitos de propriedade intelectual.

Devido ao fato de tais setores se desenvolverem sobretudo a partir de inovações, esses autores passaram a revisitar os princípios da noção schumpeteriana de destruição criativa, para definir os fundamentos que deveriam orientar a intervenção antitruste. Espelhando as premissas do processo competitivo dinâmico, tornou-se comum a afirmação de que a política antitruste deveria reconhecer que, em tais setores, a concorrência se desenvolve muito mais pelo mercado do que no mercado em si⁵²¹.

O paradigma de concorrência dinâmica, advogado no direito norte-americano, dialogava principalmente com a visão *welfarista* da Escola de Chicago e propunha que a intervenção antitruste deveria ter cautela ao lidar com a dimensão de apropriabilidade da concorrência dinâmica. Nesse aspecto, havia forte receio de que a aplicação da seção 2 do *Sherman Act* em indústrias dinâmicas acabasse minando os incentivos à inovação e inviabilizasse o processo de destruição criativa⁵²².

Por trás dessa visão, percebe-se uma concepção, em alguma medida preditiva, acerca do fenômeno da inovação: a ideia de que a realização de investimentos em P&D, que resultam em elevados custos fixos para os agentes econômicos dominantes, só pode ser adequadamente compensada pela obtenção de lucros supracompetitivos derivados de uma posição monopolista, o que tornaria temerária a condenação de práticas de empresas detentoras de poder econômico⁵²³.

A rigor, a visão desses autores norte-americanos reproduz premissas de duas vertentes das teorias de concorrência dinâmica examinadas no Capítulo 1. Em primeiro lugar, a noção de destruição criativa, típica da corrente schumpeteriana, é incorporada na premissa de que o progresso econômico decorreria de sucessivas posições de monopólio, de maneira que a intervenção antitruste

⁵¹⁸ TEECE, D. J.; COLEMAN, M. The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 1, pp. 801–857, 1998.

⁵¹⁹ POSNER, R. A. Antitrust in the new economy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, v. 68, n. 106, p. 925, 2000.

⁵²⁰ KATZ, M. L.; SHELANSKI, H. A. "Schumpeterian" competition and antitrust policy in high-tech markets. *Competition*, v. 14, pp. 1–47, 2005.

⁵²¹ POSNER, R. A. Antitrust in the new economy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, v. 68, n. 106, pp. 1–11, 2000. ("The gale of creative destruction that Schumpeter described, in which a sequence of temporary monopolies operates to maximize innovation that confers social benefits far in excess of the social costs of the short-lived monopoly prices that the process also gives rise to, may be the reality of the new economy").

⁵²² TEECE, D. J.; COLEMAN, M. The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 1, p. 836–839, 1998; BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust: innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. p. 91 ("To the extent that [antitrust] prevents or impedes monopolization or reduces its profitability, it can discourage entrepreneurs from embarking on such ventures and cause them to reallocate their talents and efforts into production-enhancing innovation").

⁵²³ GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. Antitrust approaches to dynamically competitive industries in the United States and the European Union. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 3, p. 703–704, 2011.

deveria resguardar a luta por essas posições em vez de proceder a um microgerenciamento estático da estrutura de mercado⁵²⁴.

Da vertente schumpeteriana, herdava-se também a ideia de a garantia da exclusividade por direitos de propriedade intelectual constituir uma salvaguarda indispensável para a manutenção dos incentivos à inovação, na medida em que os modelos de negócios inovadores são caracterizados por elevados custos fixos – na forma de custos de P&D⁵²⁵.

Em segundo lugar, o movimento de modernização do antitruste norte-americano também procede a uma releitura das teorias de concorrência dinâmica de *path dependence*. A formação dos efeitos de rede e a tendência de aprisionamento em torno de um padrão tecnológico único (*tipping*), ao mesmo tempo em que favoreceria a concentração de mercado em uma perspectiva estática, induziria também a uma corrida por inovação. Pois, na medida em que os rivais não estivessem aptos a copiar os produtos ofertados pelas empresas dominantes, a única forma pela qual os concorrentes poderiam superar a vantagem de que os monopolistas desfrutavam em razão dos efeitos de rede seria a introdução de novos produtos e serviços, o que favoreceria uma concorrência do gênero *winner-takes-all*⁵²⁶.

Os postulados dessa adaptação do antitruste dinâmico foram refletidos, de alguma maneira, nas decisões dos Tribunais norte-americanos em casos instaurados contra a *Microsoft* no final da década de 1990, mais especificamente no caso *Microsoft III*, em que a empresa era acusada de prejudicar a concorrência entre aplicativos de navegadores na internet (*browsers*), por impor, de diversas maneiras, uma integração do *Internet Explorer* com o *Windows 98*.

Embora a decisão do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos da América para o Circuito do Distrito de Columbia de 2001 tenha considerado ilícitas algumas medidas adotadas pela *Microsoft*⁵²⁷, o Tribunal demonstrou forte deferência ao argumento de que a integração entre o *Internet Explorer* e o *Windows* corresponderia a um *design* de inovação promovido pela empresa dominante, que tenderia a trazer benefícios aos consumidores⁵²⁸.

⁵²⁴ POSNER, R. A. Antitrust in the new economy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, v. 68, n. 106, pp. 1–11, 2000. ("The gale of creative destruction that Schumpeter described, in which a sequence of temporary monopolies operates to maximize innovation that confers social benefits far in excess of the social costs of the short-lived monopoly prices that the process also gives rise to, may be the reality of the new economy").

⁵²⁵ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: *Innovation policy and the economy*. v. 2. Nova Iorque: MIT Press, 2005. p. 5.

⁵²⁶ LIEBOWITZ, S.; MARGOLIS, S. E. Network effects and the Microsoft case. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. pp. 160–193; pp. 163–164.

⁵²⁷ EUA. CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLUMBIA. *United States of America vs. Microsoft Corporation*. 15 U.S.C. § 2, 253. 2001.

⁵²⁸ EUA. CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLUMBIA. *United States of America vs. Microsoft Corporation*. 15 U.S.C. § 2, 253. 2001. ("[A]s a general rule, courts are properly very skeptical about claims that competition has been harmed by a dominant firm's product design changes. (...). In a competitive market, firms

Em contraposição à experiência norte-americana, no âmbito europeu não houve a emergência de propostas convergentes de adaptação do antitruste para mercados de intensa tecnologia. Embora a preocupação com os impactos da intervenção antitruste sobre a inovação tenha surgido no âmbito das investigações que se iniciaram contra empresas de tecnologia, as teorias de concorrência dinâmica de vertente schumpeteriana não parecem ter influenciado, de forma tão significativa, as decisões da Comissão Europeia e do Tribunal Geral⁵²⁹.

Como ressaltado no item 1.3 deste Capítulo, uma das alegadas particularidades do tratamento de atos de abuso no direito europeu é o viés de proteção do processo competitivo, perspectiva essa informada por uma leitura jurídica da noção de concorrência como garantia institucional.

Devido a essa tradição europeia, a preocupação com a inovação passou a ser internalizada na prática decisória a partir da década de 2000, com um enfoque de priorização do parâmetro de contestabilidade. Nessa perspectiva, compreende-se que o melhor a ser feito pela intervenção antitruste para estimular a inovação seria manter os mercados abertos e competitivos, garantindo que concorrentes atuais e potenciais possam livremente introduzir suas ofertas e que o consumidor possa escolher o caminho que a trajetória de inovação assumirá naquele dado mercado⁵³⁰.

Essa premissa valorativa sobre a função que o processo competitivo assume na oferta de inovação gera repercussões sistêmicas para o antitruste dinâmico europeu. Refletindo a tradição ordoliberal, assume-se que a intervenção antitruste deve buscar garantir iguais oportunidades de inovação para todos os agentes econômicos⁵³¹.

Independentemente das prospecções, sempre incertas, de que um agente econômico dominante pode gerar produtos superiores ao canalizar vultosos investimentos em P&D, cumpre-nos ressaltar que esse agente poderá ser responsabilizado por violação ao art. 102 do TFUE se ficar

*routinely innovate in the hope of appealing to consumers, sometimes in the process making their products incompatible with those of rivals; the imposition of liability when a monopolist does the same thing will inevitably deter a certain amount of innovation. This is all the more true in a market, such as this one, in which the product itself is rapidly changing"); e SAG, M.; WALLER, S. W. Promoting innovation. *Iowa Law Review*, v. 100, pp. 2232–2235, 2015 ("the Microsoft case illustrates antitrust's deferential approach to innovation by dominant defendants").*

⁵²⁹ LAROUCHE, P.; SCHINKEL, M. Continental drift in the treatment of dominant firms: article 102 TFEU in contrast to § 2 Sherman Act. In: BLAIR, R.; SOKOL, D. *The Oxford handbook of international antitrust economics*. v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 171–172.

⁵³⁰ ERDEM, F. B. *The suppression of innovation: testing the open nature of article 102 TFEU*. Universidade Brunel de Londres, 2020. p. 87. ("so far, the progress and promotion of innovation have been seen as natural consequences of the protection of EU competition law rather than the phenomenon required to be protected in itself.").

⁵³¹ AHLBORN, C.; EVANS, D. S. The Microsoft judgment and its implications for competition policy towards dominant firms in Europe. *Antitrust Law Journal*, pp. 17–19, maio 2008 (destaca as implicações da influência ordoliberal sobre o tratamento de abusos sobre inovação).

demonstrado que a sua estratégia impactou negativamente, de forma real ou potencial, as oportunidades de os concorrentes disputarem a introdução de novos produtos⁵³².

Assim, ao privilegiar a proteção do processo competitivo em si, o direito europeu se mostra mais permeável a eventuais alegações de que condutas unilaterais exclusionárias podem ter efeitos deletérios sobre as oportunidades de inovação. Sobretudo em investigações relacionadas a venda casada, recusa de contratar ou descontos condicionais, a Comissão Europeia tem se mostrado sensível a argumentos de que a imposição de dificuldades de acesso a determinado ativo ou insumo necessário para um processo de inovação deve ser reprimida pela lei antitruste⁵³³.

Essas diferenças de tratamento da inovação tornam-se claras quando se examinam os precedentes firmados pela Comissão Europeia e pelo TJUE em investigações contra empresas de tecnologia nas duas últimas décadas.

Assumem especial relevância nesse sentido as investigações movidas contra a *Microsoft*, tendo em vista que foram um "espelho" das mesmas investigações conduzidas no direito norte-americano. O caso se iniciou em 1998, quando a Comissão Europeia apreciou uma reclamação apresentada pela empresa *Sun Microsystems* de que a *Microsoft* estaria abusando da sua posição dominante no mercado de sistemas operacionais de computadores ao se recusar a fornecer àquela empresa informações necessárias para o desenvolvimento de *softwares* compatíveis com o sistema operacional *Windows*⁵³⁴.

Em seguida, em 2000, a autoridade antitruste ampliou o escopo da investigação para examinar a integração do *Windows Media Player* no sistema operacional *Windows 2000*, ao argumento de que, ao proceder dessa maneira, a *Microsoft*, que já era dominante no mercado de sistemas operacionais, poderia estar fechando o mercado de reprodutores de mídia em uma prática de venda casada (*tying*)⁵³⁵.

Em 2004, a Comissão Europeia condenou a *Microsoft* tanto pela recusa de fornecer aos competidores – *e.g.* *Sun Microsystems* – informações sobre interoperabilidade necessárias para o

⁵³² VAN CLEYNENBREUGEL, P. Innovation in competition law analysis: making sense of on-going academic and policy debates. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 7. (destaca o caso europeu como exemplo de uma abordagem “exógena” da inovação no direito da concorrência, observa que “*the mere presence of a limit on the ability of businesses to compete is considered also to have repercussions on the ability of undertakings to innovate*”).

⁵³³ REYNOLDS, M.; BEST, C. Article 102 and innovation: the journey since Microsoft. *Paper apresentado na 39 Conferência Anual de Fordham sobre International Antitrust Law and Policy*, v. 1, n. 1, pp. 1–23, 2012; e IBÁÑEZ COLOMO, P. The future of article 102 TFEU after Intel. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–26, 2018.

⁵³⁴ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. 2005. § 3; § 4.

⁵³⁵ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. 2005. § 5; § 7.

desenvolvimento de *softwares* compatíveis com o *Windows* quanto pela prática de condicionar a disponibilidade do *Windows Media Player* à aquisição do sistema operacional⁵³⁶.

Nesse precedente, os impactos do abuso de posição dominante sobre a inovação foram considerados parte importante da teoria do dano da prática exclusionária. Utilizando-se do parâmetro de "novo produto" desenvolvido no caso *Magill*⁵³⁷, a autoridade antitruste considerou que a recusa de fornecimento das informações sobre interoperabilidade aos concorrentes geraria um impedimento ao desenvolvimento de novos produtos que não se limitariam a uma mera cópia daqueles ofertados pela *Microsoft*⁵³⁸.

Além disso, a autoridade também refutou o argumento da *Microsoft* de que a sua recusa em fornecer informações sobre interoperabilidade seria justificada pelos direitos de propriedade intelectual que detinha sobre essas informações e pela necessidade de que essa exclusividade fosse protegida para preservar os seus incentivos à inovação⁵³⁹. A autoridade entendeu que esses incentivos deveriam ser considerados tendo como parâmetro contrafactual a situação em que a *Microsoft* estaria eliminando a competição no desenvolvimento de sistemas operacionais, de modo que, ante o enfraquecimento da concorrência, a tendência, na realidade, seria a diminuição dos incentivos da empresa dominante em inovar⁵⁴⁰.

⁵³⁶ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. 2005.

⁵³⁷ Destaca-se que, em casos mais antigos do direito europeu, como os casos *Magill* e *Oscar Bronner*, a Comissão desenvolveu como um dos critérios probatórios para as situações de recusa de contratar que a necessidade da empresa reclamante de demonstrar que a recusa do licenciamento de direitos de propriedade intelectual, por exemplo, impossibilitava o desenvolvimento de novos produtos. Sobre esses dois julgamentos e a sua relação com o tratamento da inovação no abuso de posição dominante no direito europeu a partir do caso *Microsoft*, cf. REYNOLDS, M.; BEST, C. Article 102 and innovation: the journey since Microsoft. *Paper apresentado na 39 Conferência Anual de Fordham sobre International Antitrust Law and Policy*, v. 1, n. 1, pp. 1–23, 2012.

⁵³⁸ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. 2005. § 712 ("*Microsoft's refusal to supply risks eliminating competition in the relevant market for work group server operating systems, that this is due to the fact that the refused input is indispensable to carry on business in that market and that Microsoft's refusal has a negative impact on technical development to the prejudice of consumers*").

⁵³⁹ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. 2005. ("*Que el 28 de septiembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Norma Oficial Mexicana NOM-040-SSA2-2004 'En Materia de Información en Salud', la cual tiene por objeto establecer los criterios para obtener, integrar, organizar, procesar, analizar y difundir la Información en Salud, en lo referente a población y cobertura, recursos disponibles, servicios otorgados, daños a la salud y evaluación del desempeño del Sistema Nacional de Salud, y es de observancia obligatoria en todo el territorio nacional para los establecimientos, personas físicas y morales del Sistema Nacional de Salud de los sectores público, social y privado, que proporcionen servicios de atención a la salud.*").

⁵⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*. 2005. § 724 ("*such an assessment must be conducted in comparison to the alternative situation where Microsoft's anti-competitive behavior remains unfettered*"). Destaca-se que, nesse caso, a Comissão Europeia desenvolveu uma nova abordagem do teste de balanceamento dos efeitos. Pois a autoridade entendeu que, uma vez verificada a redução dos incentivos à inovação, caberia à *Microsoft* demonstrar que a alegada diminuição dos seus próprios incentivos de inovação seria mais prejudicial ao mercado. Nesse aspecto, a decisão é criticada por aumentar excessivamente o ônus da prova na demonstração de eficiências. Sobre essa crítica, cf.

Na mesma linha, a decisão da Comissão Europeia no caso *Intel* corrobora uma perspectiva de proteção da inovação calcada na proteção do processo competitivo. Nesse caso, a empresa era investigada pela concessão de descontos a quatro grandes fabricantes de computadores – *Dell*, *Lenovo*, *HP* e *NEC* – com a condição de que adquirissem todas ou quase todas as *CPUs x86* daquela fabricante. A Comissão Europeia entendeu que a prática de *rebates* diminuía a capacidade de os concorrentes competirem no mercado de microprocessadores, e que a conduta investigada gerava drástica redução das escolhas dos consumidores e diminuía os incentivos à inovação por parte dos rivais⁵⁴¹.

Esses precedentes concretizam uma postura do direito comunitário europeu de rejeição às abordagens schumpeterianas de concorrência dinâmica⁵⁴². Ao contrário das propostas norte-americanas, a prática decisória europeia tem privilegiado a aplicação do art. 102 do TFUE como instrumento de garantia de elevados níveis de concorrência nos mercados de tecnologia, sob a crença arrowniana de que estruturas de mercado mais pulverizadas tendem a gerar maiores oportunidades de inovação⁵⁴³.

A abordagem europeia tem sido objeto de críticas. Isso se dá porque as decisões acima mencionadas ainda privilegiariam uma abordagem formal dissociada dos alegados objetivos de modernização do direito comunitário europeu⁵⁴⁴, e porque, na visão de muitos autores, a abordagem estruturalista de proteção do processo competitivo seria contrária à doutrina econômica majoritária acerca das relações entre concentração de mercado e inovação e poderia ter efeitos adversos nas decisões alocativas de empresas inovadoras⁵⁴⁵.

Consoante será arrazoado ao longo desta tese, as decisões recentes da Comissão Europeia de condenação de plataformas digitais por abuso de posição dominante espelham o entendimento de

LAROCHE, P. The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation: comment on Ahlborn and Evans. *Antitrust Law Journal*, v. 75, n. C 171, pp. 615–616, 2014.

⁵⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 13.05.2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (COMP/C-3 /37.990 - Intel)*.

⁵⁴² GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. Antitrust approaches to dynamically competitive industries in the United States and the European Union. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 3, p. 720, 2011.

⁵⁴³ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 22/2015*, v. 41, n. 2, p. 2, 2015 ("the Commission seems to take it as a given that competition law enforcement is beneficial not only for price, quality and output but also for the process of innovation").

⁵⁴⁴ NIHOUL, P. The ruling of the general court in Intel: towards the end of an effect-based approach in European competition law? *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 5, n. 8, pp. 521–530, 2014.

⁵⁴⁵ AHLBORN, C.; EVANS, D. S. The Microsoft judgment and its implications for competition policy towards dominant firms in Europe. *Antitrust Law Journal*, maio 2008; KOKKORIS, I. Innovation considerations in merger control and unilateral conduct enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 1–30, 2019 (argumenta que "the size of the fines in the unilateral conduct cases as compared to the dominant undertakings' budget devoted to R&D has the potential to mitigate the innovation drive of these undertakings"); e, mais recentemente, AUER, D. Structuralist innovation: a shaky legal presumption in need of an overhaul. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 1, pp. 1–9, dez. 2018 (argumenta que a abordagem europeia, caracterizada pelo autor como uma presunção estruturalista da inovação, seria equivocada inclusive do ponto de vista da teoria de Kenneth Arrow).

que o fechamento de mercado resultante de uma alavancagem competitiva pode diminuir os incentivos à inovação. Essa compreensão marca clara divergência em relação à interpretação que tem se desenvolvido nos EUA sobre a aplicação da seção 2 do *Sherman Act* no contexto da economia digital⁵⁴⁶.

Para o fim de estabelecer pontos de referência para o exame da experiência brasileira, esta seção demonstra que os sistemas norte-americano e europeu apresentam divergências profundas sobre a forma como os incentivos à inovação podem ser afetados pela repressão de condutas exclusionárias, tal como sintetizado na tabela abaixo.

Tabela 2 – Aspectos comparados do tratamento de condutas exclusionárias nos sistemas norte-americano e comunitário europeu

	Direito norte-americano	Direito comunitário europeu
Poder de mercado	Poder de mercado baseado em efeitos de rede e direitos de P&D tende a ser instável e volátil.	Poder de mercado baseado em efeitos de rede e direitos de P&I não necessariamente resulta em uma concorrência <i>winner-takes-all</i> .
Efeitos do abuso de poder econômico sobre a inovação	As restrições ao acesso de determinado ativo por concorrentes são decorrências naturais da exploração econômica da inovação pelo monopolista.	O arrefecimento do processo competitivo em si prejudica o surgimento de novos produtos por parte dos rivais.
Oportunidades e riscos da intervenção antitruste	Há grande preocupação de a intervenção antitruste desestimular a inovação.	A repressão de condutas unilaterais de agentes dominantes tende a assegurar melhores resultados em termos de inovação.
Núcleo de incorporação das teorias de concorrência dinâmica	Dimensão de apropriabilidade	Dimensão de contestabilidade

Fonte: elaboração própria.

Partindo desses critérios se examinará, no próximo item deste Capítulo, como a experiência nacional de repressão a condutas exclusionárias está aberta à incorporação das teorias de concorrência dinâmica do antitruste. Consoante será esclarecido, mesmo que no direito concorrencial brasileiro haja uma tendência de aproximação ao paradigma europeu, não é fácil

⁵⁴⁶ FOX, E. M. Platforms, power, and the antitrust challenge: a modest proposal to narrow the U.S.-Europe divide. *Nebraska Law Review*, v. 98, n. 2, p. 303, 2019 ("when dealing with innovation incentives, U.S. cases are likely to assume that antitrust action against a dominant firm will chill the firm's incentives to invent, while EU law is more likely to find that the dominant firm's challenged conduct will chill the outsiders' incentives to invent").

identificar entre nós um tratamento minimamente consistente da inovação em matéria de abuso de posição dominante.

Para fins de estruturar uma proposta consistente de remodelagem do controle de condutas no direito concorrencial brasileiro, faz-se imprescindível conhecer suas fundações constitucionais, bem como desvendar os critérios substantivos e legais utilizados para a repressão de condutas exclusionárias no quadro analítico da Lei nº 12.529, de 2011.

2. Abuso de posição dominante na forma de condutas de exclusão no direito concorrencial brasileiro

A fim de que o regime de repressão aos atos de abuso de posição dominante de exclusão no direito concorrencial brasileiro possa ser adequadamente compreendido, é indispensável estabelecer as premissas jurídicas a partir das quais o mencionado regime se estrutura. Nesse aspecto, embora não seja objetivo deste trabalho estabelecer uma teorização geral para o controle concorrencial de condutas, faz-se necessária uma breve exposição acerca dos pressupostos normativos que orientam a apreciação das infrações à ordem econômica em geral e das condutas unilaterais em específico.

Nesta subseção, serão examinados os fundamentos constitucionais do combate ao abuso de posição dominante (item 2.1), bem como os elementos necessários para a configuração desse gênero de condutas anticompetitivas no quadro da Lei nº 12.529, de 2011 (item 2.2). A finalidade dessa incursão é desvendar o critério substantivo de ilicitude adotado no direito concorrencial brasileiro (item 2.3).

Consoante será demonstrado, o regime jurídico do abuso de posição dominante no direito pátrio orienta-se a uma proteção de valores constitucionais diversos que não se reduzem à perseguição *welfarista* do bem-estar do consumidor. Apesar disso, o uso de ferramentas econômicas de mensuração de poder de mercado e de verificação de efeitos anticompetitivos das condutas exclusionárias é central para o direito da concorrência brasileiro. Essas constatações permitem sugerir uma aproximação da experiência brasileira em relação àquilo que foi constatado no âmbito do direito comunitário europeu no tocante à vedação às condutas exclusionárias.

2.1. Fundamentação constitucional da repressão ao abuso de poder econômico

No ordenamento jurídico pátrio, a repressão do abuso de poder econômico extrai fundamentação do art. 173, § 4º, da Constituição de 1988⁵⁴⁷. A diretriz elencada no Título VII como

⁵⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). Art. 173, § 4º: "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

cláusula de reserva legal vincula-se ao próprio princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, *caput*, inciso V, da Constituição de 1988)⁵⁴⁸, assim é possível afirmar que a aplicação da legislação antitruste assume feição instrumental em relação aos demais fundamentos e objetivos da ordem econômica⁵⁴⁹.

Tal interpretação, a propósito, pode ser extraída do próprio art. 1º da Lei de Defesa da Concorrência⁵⁵⁰, quanto à referência expressa aos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Essa perspectiva de instrumentalidade é frequentemente refletida na própria jurisprudência do CADE.

Pelo quadro constitucional atual, a proibição de abuso de poder econômico assume a feição de restrição jurídica ao exercício de atos econômicos privados que podem, de alguma maneira, ameaçar a concretização dos princípios de livre concorrência e de livre iniciativa em sua dimensão coletiva. A política antitruste, portanto, constitui meio para realização de objetivos constitucionais diversos e orientados pelo ideal de justiça social⁵⁵¹.

Nesses termos, verifica-se que há uma relação paradoxal quanto ao tratamento do poder econômico no nível constitucional. Ao mesmo tempo em que se concebe a legislação antitruste como instrumento de realização de um programa de justiça social, a Constituição de 1988 reconhece o poder econômico como um dado estrutural do sistema de economia de mercado, sendo coibido apenas o abuso no seu exercício⁵⁵².

⁵⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). Art. 170, *caput*, inciso IV: "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)".

⁵⁴⁹ Essa posição parece ser adotada majoritariamente na doutrina, cf. CARVALHO, V. M. de. As finalidades da defesa da concorrência: uma leitura a partir da ordem econômica constitucional. In: NUSDEO, F. *A ordem econômica constitucional: estudos em celebração ao centenário da constituição de Weimar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 200 (destaca que "*combater o abuso do poder econômico, que se caracteriza como um desvio de finalidade no uso desse poder, é o 'meio', e garantir a livre concorrência e a defesa dos consumidores é a 'finalidade' precípua da lei de defesa da concorrência*"); FRAZÃO, A. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 46–47 ("o art. 173, § 4º, [da CF] tem natureza meramente instrumental e precisa ser compreendido em conformidade com o disposto no art. 170").

⁵⁵⁰ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. "Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico".

⁵⁵¹ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 206–207; CARVALHO, V. M. de. Princípios e finalidades da defesa da concorrência. In: *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015. pp. 18–22; e FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 192–193.

⁵⁵² BRUNA, S. V. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137; p. 144 (como bem adverte o autor acerca dessa relação paradoxal: "o poder econômico é tido pela ordem jurídica como um dado estrutural e não como uma anomalia. De outra parte, seu exercício é legitimado não na qualidade de um mero direito subjetivo, mas por aquilo que ele possa exprimir de socialmente valioso, ou seja, em razão da função social que lhe é estabelecida pela ordem jurídica"). No mesmo sentido, cf. GONÇALVES, P. B. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010. p. 52.

Essa opção reduz as possibilidades de aplicar a Lei nº 12.529, de 2011, para finalidades de ataque direto às estruturas de mercado monopolizadas. Ao mesmo tempo em que há uma delimitação específica de proibição do abuso, não é tarefa fácil discernir o critério jurídico que desencadeia a sua repressão.

A despeito de a fórmula prevista no art. 173, § 4º, da Constituição de 1988 reproduzir quase o mesmo conteúdo encadeado nos textos constitucionais anteriores a partir da edição do art. 148 da Constituição de 1946⁵⁵³, o exame minudente da trajetória histórica de concepção e de aplicação da norma é de pouca utilidade para a identificação dos elementos normativos do abuso de poder econômico, haja vista que, entre nós, o mandado constitucional assumiu caráter excessivamente amplo, voltando-se a legitimar, a um só tempo, a repressão de condutas abusivas unilaterais quanto a acordos entre concorrentes, além da própria formação de estruturas não orgânicas, sem que a complementação normativa das condições necessárias à configuração das situações abusivas fosse prevista no texto constitucional⁵⁵⁴.

Além disso, durante as décadas de 1950 a 1980, a aplicação das leis de defesa da concorrência foi obscurecida por uma agenda de política econômica fortemente intervencionista, voltada ao controle de preços e à proteção e ao fomento da indústria nacional⁵⁵⁵. Embora nesse período parte da doutrina houvesse buscado esquadriñar uma compreensão dogmática da repressão de condutas abusivas a partir da importação das experiências norte-americana e europeia⁵⁵⁶, essas construções dogmáticas não eram complementadas pela aplicação concreta dos diplomas pelo CADE.

Somente a partir da edição da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, em um contexto de liberalização de importantes setores econômicos nacionais e de fortalecimento da concorrência, a disciplina dos atos de abuso de posição dominante passou a ser efetivamente implementada na

⁵⁵³ A gênese da redação do art. 148 da Constituição de 1946 – naquilo que reproduz previsão bastante semelhante a do art. 173, § 4º, da Constituição de 1988 – pode sugerir indícios confusos acerca do escopo da proibição ao abuso de poder econômico. Como destaca Mario Cabral, em esmiuçada análise histórica, durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1946, eliminou-se da proposta original de Agamemnon Magalhães a previsão de que deveriam ser reprimidos os atos ("trustes, cartéis, entendimentos ou ajustes") voltados a "eliminar os concorrentes e explorar os consumidores por preços ou qualquer outra forma de opressão". Na redação final, que se mantém praticamente intacta no art. 173, § 4º, da Constituição de 1988, o termo "concorrentes" foi adotado no lugar de "concorrência", além de abolir a previsão de "exploração dos consumidores" (CABRAL, M. A. M. *Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, pp. 158–161).

⁵⁵⁴ VENÂNCIO FILHO, A. Abuso do poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. VII, n. 1, p. 46, 1964.

⁵⁵⁵ TODOROV, F. R.; TORRES FILHO, M. M. History of competition policy in Brazil: 1930–2010. *The Antitrust Bulletin*, v. 57, n. 2, pp. 212–220, 2012.

⁵⁵⁶ A esse respeito, cf. VENÂNCIO FILHO, A. Abuso do poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. VII, n. 1, pp. 50–52, 1964.

jurisprudência administrativa⁵⁵⁷. Sob o aspecto estritamente normativo, a Lei nº 12.529, de 2011, não modificou substancialmente o tratamento dos atos de abuso de posição dominante estabelecido no diploma anterior.

A partir das premissas constitucionais acima discutidas, a atual Lei de Defesa da Concorrência estabelece, em seu art. 36, uma cláusula legal aberta de infrações à ordem econômica que alberga, em linhas gerais, as condutas colusivas, os atos de restrições verticais e as condutas unilaterais⁵⁵⁸. Para os fins desta tese, como mencionado, considera-se que as duas últimas categorias podem constituir modalidades de abuso de posição dominante de exclusão, na medida em que sejam realçados os seus efeitos de fechamento de mercado ou de aumento de custos de rivais.

2.2. Elementos compositivos da noção de abuso de posição dominante

A rigor, são poucos os estudos nacionais que adensam o conteúdo dos critérios de ilicitude que informam a repressão ao abuso de posição dominante. Isso deve-se não só à centralidade que a repressão de cartéis ocupou mesmo após a edição da Lei nº 12.529, de 2011⁵⁵⁹, mas à própria flutuação dos padrões de análise e dos regimes de presunção de licitude utilizados pelo CADE na apreciação de condutas unilaterais e de restrições verticais⁵⁶⁰.

As indefinições normativas são, em grande parte, tributárias de uma inconclusividade histórica acerca do conteúdo da cláusula constitucional de repressão ao abuso de poder econômico em si. De fato, desde o período formativo da política brasileira de defesa da concorrência, há dissensos profundos sobre o significado do mandado constitucional. Ainda no contexto de aprovação da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, havia uma corrente de interpretação sólida, encabeçada pelo próprio AGAMEMNON MAGALHÃES e por juristas do calibre de CAVALCANTI⁵⁶¹ e MIRANDA⁵⁶², que entendiam que o art. 148 da Constituição de 1946 outorgava ao Poder Legislativo, de forma ampla, a possibilidade de identificar como abuso do poder econômico qualquer ato que

⁵⁵⁷ Para uma contextualização histórica desse período, cf. CARVALHO, V. M. de. Princípios e finalidades da defesa da concorrência. In: *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015. pp. 17–44; pp. 31–35.

⁵⁵⁸ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011: "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante".

⁵⁵⁹ OCDE. *Revisões por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 85 (destaca-se que "desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, as atividades do CADE contra abuso de posição dominante têm sido escassas").

⁵⁶⁰ Essa flutuação será examinada em detalhes no item 3 deste Capítulo.

⁵⁶¹ CAVALCANTI, T. B. *A Constituição Federal comentada*. v. 3. 3. ed. Forense: 1958. p. 265.

⁵⁶² MIRANDA, P. de. *Comentários à Constituição de 1946*. tomo V. 3. ed. Forense: 1960. p. 501.

pudesse ser considerado contrário aos interesses da coletividade⁵⁶³. Coube a SHIEBER, sobretudo a partir da importação de ideias de direito norte-americano, construir caminhos interpretativos alternativos que passaram a limitar a ideia de abuso, assentando que o núcleo da antijuridicidade reside na prova de que a conduta empresarial tem uma finalidade de restrição da concorrência⁵⁶⁴.

De todo modo, a ausência de decisões administrativas do CADE que preenchessem o conteúdo legal do abuso de posição dominante com diretrizes mais concretas impediu que, nas décadas subsequentes, fossem superadas as indefinições subjacentes à noção de abuso. Como destacado por MAGALHÃES ao examinar decisões do Conselho nas décadas de 1960 e 1970, "muitas vezes, subjetivamente sentimos o abuso do poder econômico, mas objetivamente não temos os elementos capazes para a sua caracterização plena"⁵⁶⁵.

Na ordem constitucional vigente, diversos autores identificam que a proibição jurídica de abuso de posição dominante serviria para assegurar a realização de valores constitucionais genericamente relacionados à função social do poder econômico. Nesse sentido, em monografia clássica sobre o tema, BRUNA equipara o abuso de poder econômico ao "exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente à sua função social"⁵⁶⁶, acrescentando que esse abuso visa à "apropriação de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial"⁵⁶⁷, ressaltando ainda que a restrição não é abusiva "quando ela se justifique por razões de eficiência econômica"⁵⁶⁸.

Na mesma linha, SALOMÃO FILHO enxerga o abuso de posição dominante como um desvio de função do poder econômico que compromete a concorrência como garantia institucional⁵⁶⁹. O autor avança para identificar que também é ínsita à noção de "dominação de mercados" a existência de efeitos limitativos das condições de concorrência, o que esclareceria que o foco do antitruste não reside na proteção de concorrentes específicos, e sim na manutenção do processo competitivo em

⁵⁶³ Para uma análise dos principais argumentos encabeçados nesse sentido, cf. BAPTISTA, L. O. Origens do direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 91, n. 1, pp. 22–26, 1996; e SHIEBER, B. M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. pp. 20–26.

⁵⁶⁴ SHIEBER, B. M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência Antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 35 ("a legislação [antitruste] expressamente baseada nessa outorga constitucional não deve ir além do mandato, afastando a finalidade da conduta como elemento de sua licitude. [...] o preceito constitucional, art. 148, só requer prova de que os atos que configuram abusos o poder econômico 'tenham por fim' domínio dos mercados nacionais, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros").

⁵⁶⁵ MAGALHÃES, G. A. C. de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão. Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Artenova, 1975 p. 19.

⁵⁶⁶ BRUNA, S. B. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 177.

⁵⁶⁷ BRUNA, S. B. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 177.

⁵⁶⁸ BRUNA, S. B. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 177.

⁵⁶⁹ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 415–416.

si⁵⁷⁰. Ademais, GONÇALVES ressalta que as proibições de abuso no direito concorrencial servem ao controle de poder econômico e à preservação da sua função social⁵⁷¹.

A tentativa de identificar no núcleo da proibição de abuso de posição dominante a violação de preceitos constitucionais também é levada a cabo por FORGIONI, o qual sustenta que o *caput* do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência veicularia, de forma ampla, proibição legal dirigida ao agente econômico detentor de posição dominante que lhe impediria de ultrapassar "os limites da liberdade econômica" quando configurada uma situação fática de independência e indiferença em relação aos demais competidores⁵⁷². A autora sugere que, diante das dificuldades de caracterização do abuso de posição dominante, a lei não comporta como critério único – ou mesmo definitivo – de ilicitude o fato de determinada conduta ser direcionada ou ter o potencial de causar prejuízos por meio da exclusão de rivais⁵⁷³.

O caráter genérico dessas conceituações se deve à própria amplitude da proibição legal. Com exceção das práticas descritas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, as demais práticas previstas nesse dispositivo são passíveis de serem enquadradas como abuso de posição dominante por exclusão, qual se verifica nos casos de fechamento de mercado, contratos ou descontos de exclusividades, discriminação de preços, recusa de contratar, venda casada e exploração abusiva de direitos de propriedade industrial.

De toda sorte, as definições mais concretas de abuso de posição dominante encontradas na literatura nacional refletem as ideias discutidas acima quanto aos parâmetros buscados historicamente no direito comunitário europeu para separar os atos abusivos daqueles que configuram simples concorrência pelo mérito. Nesse sentido, PEREIRA NETO e CASAGRANDE sustentam que o abuso de posição dominante designaria situações em que "um agente econômico utiliza seu poder de mercado para distorcer o processo competitivo"⁵⁷⁴.

Esses autores incluem na noção de abuso tanto as práticas predatórias e discriminatórias quanto as condutas voltadas à exclusão – *e.g.* acordos de exclusividade e venda casada⁵⁷⁵. Há, ainda, trabalhos que complementam a definição do abuso de posição dominante na Lei de Defesa da

⁵⁷⁰ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 427.

⁵⁷¹ GONÇALVES, P. B. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010. p. 48; pp. 85–91.

⁵⁷² FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 265–267. Em sentido semelhante, cf. DRAGO, B. de L. *Responsabilidade especial dos agentes dominantes*. 410 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. pp. 273–274.

⁵⁷³ FORGIONI, P. A.; VILLELA, M. A Lei 12.529/2011 e o abuso de posição dominante. *in*: CAMPILONGO, C.; PFEIFER, R. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. p. 992.

⁵⁷⁴ NETO, C. M. da S.; CASAGRANDE, P. L. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138.

⁵⁷⁵ NETO, C. M. da S.; CASAGRANDE, P. L. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138.

Concorrência, com referências a um regime de responsabilidades especiais instituído pela lei antitruste, o que reflete clara influência do direito comunitário europeu⁵⁷⁶.

A partir da identificação de pontos de convergência na doutrina majoritária e na jurisprudência do CADE, é possível sustentar que o abuso de posição dominante no direito concorrencial brasileiro ostenta o caráter de conceito jurídico indeterminado integrado por três elementos normativos distintos e correlacionados.

O primeiro consiste na detenção prévia da posição dominante em si. Além de a detenção de poder de mercado ser necessária para a configuração de qualquer infração à ordem econômica⁵⁷⁷, no caso específico das condutas exclusionárias, a exigência do poder de mercado torna-se condição para que a própria conduta tenha alguma racionalidade econômica⁵⁷⁸. Conforme será abordado detalhadamente a seguir, o conceito jurídico de posição dominante ou de poder de mercado na Lei nº 12.529, de 2011, remete a uma situação de fato, consistente na possibilidade de alterar, unilateral ou coordenadamente, as condições de mercado⁵⁷⁹.

Nesse aspecto, resta há muito superada a ideia de que o poder de mercado no sentido antitruste estaria condicionado tão somente à mera possibilidade de fixação de preços supracompetitivos. Além disso, malgrado as definições de mercados relevantes sejam metodologias tipicamente utilizadas para aferição do poder de mercado, o juízo sobre a sua existência pode bem decorrer da apreciação fático-probatória, sendo as análises de *market share* meramente indicativas da situação de dominância⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ SILVEIRA, P. B. da. *Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. pp. 95–96; e DRAGO, B. de L. *Responsabilidade especial dos agentes dominantes*. 410 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. pp. 386-393 (propõe a existência de uma teoria da responsabilidade especial para agentes econômicos em posição dominante no direito brasileiro).

⁵⁷⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12 (*ANP e outro x Sincopetro e outros*); Tribunal; voto da Conselheira Relatora Ana Frazão; condenação parcial por unanimidade, impedido o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo; 51ª SOJ; DOU 7/10/2014, 1ª Seção, p. 44) ("o controle de práticas empresariais realizado por este Conselho não se destina a reprimir qualquer tipo de irregularidade constatada no mercado, mas apenas aquelas que, levadas a cabo por agentes detentores de uma posição econômica privilegiada, se revelem capazes de impactar a integridade da ordem concorrencial").

⁵⁷⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.010110/2012-46 (*ANATEL x Telemar Norte Leste e Brasil Telecom*); Tribunal; voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende ("Nos 'casos clássicos' de abuso de posição dominante, como preço discriminatório, venda casada e contratos de exclusividade, é facilmente depreendido que as condutas só são capazes de influenciar na estrutura do mercado quando praticadas pelos agentes econômicos em posição privilegiada, mesmo porque apenas esses agentes dispõem de 'forças' para levá-las a cabo. Há uma relação circular entre quem consegue efetivamente praticar determinada conduta e o potencial de essa conduta afetar negativamente o mercado").

⁵⁷⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36. § 2º: "Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia".

⁵⁸⁰ FRAZÃO, A. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 297. Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46 (*MPF e outro x Administradora Gaúcha de Shopping Center e outros*); Tribunal; voto do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior; arquivamento parcial e condenação parcial por unanimidade; 91ª SOJ; DOU 6/9/2016, 1ª Seção, p. 24 ("há formas alternativas de aferir a posição dominante, inclusive

O segundo elemento diz respeito à necessidade de identificar concretamente uma conduta abusiva que vise à obtenção ou à manutenção de posição dominante por meio da imposição de dificuldades à entrada, ao funcionamento ou à expansão de mercado de concorrentes atuais ou potenciais. A delimitação do ato abusivo em si é necessária, uma vez que a própria lei antitruste brasileira explicitamente afasta a possibilidade de se considerar ilícita a mera detenção do poder de mercado⁵⁸¹.

Há, porém, grande dificuldade de delimitar os atos de abuso passíveis de repressão pela Lei de Defesa da Concorrência. O elevado grau de indeterminação dos ilícitos descritos em seu art. 36 só pode ser colmatado a partir do recurso à teoria econômica aplicada e aos requisitos definidos na vivência jurisprudencial da autoridade antitruste⁵⁸². Além disso, diferentemente dos acordos horizontais, como os cartéis, em que existe uma maior facilidade de os agentes econômicos anteciparem a sua ilicitude, é tarefa bastante árdua diferenciar os atos abusivos daqueles que correspondem simplesmente à concorrência pelo mérito⁵⁸³.

Por fim, o terceiro elemento compositivo do abuso de exclusão corresponde aos efeitos anticompetitivos sobre a concorrência decorrentes da conduta. Nesse ponto, é importante esclarecer que, a despeito do longo debate acumulado na jurisprudência do CADE quanto à existência ou não dos ilícitos "por objeto" *vis a vis* ilícitos "por efeito", entendemos que essas categorias não se referem, propriamente, a diferentes naturezas de infração concorrencial, mas a diferentes *standards* analíticos e probatórios para análise das condutas anticompetitivas⁵⁸⁴. Como reconhecido diversas vezes na jurisprudência da autarquia, ao fim e ao cabo, a diferença entre se optar por uma análise por objeto ou por efeitos tem a ver tão somente com os níveis probatórios exigidos, em um caso ou

de forma mais atrelada à realidade, em que nem sempre os números são capazes de traduzir o potencial de poder econômico detido por um determinado agente de mercado").

⁵⁸¹ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 413.

⁵⁸² MENDES, F. S. *O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. pp. 22-24.

⁵⁸³ CORRÊA, M. V. *Abuso de posição dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição*. 189 f. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. pp. 85-87.

⁵⁸⁴ MENDES, F. S. *O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p. 62.

no outro, para se presumir o potencial de ilicitude da conduta⁵⁸⁵, e com a forma de alocação dos ônus probatórios entre a autoridade e os representados⁵⁸⁶.

Assim, enquanto em um regime por objeto, ou *per se*, entende-se que o poder de mercado do agente econômico poderá ser presumido do próprio juízo de materialidade da conduta, em um regime por efeitos, a autoridade antitruste enfrentará um ônus maior de demonstrar, especialmente por meio da análise de estruturas de mercado e de definições de mercado relevante, que a conduta sob escrutínio tem algum potencial, ainda que mínimo, de gerar prejuízos à concorrência⁵⁸⁷. Sobretudo nos casos de condutas unilaterais e restrições verticais – condutas exclusionárias mais relevantes para os fins desta tese –, existe um razoável consenso de que, para que se possa afirmar a ilicitude da prática, faz-se necessário demonstrar efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais, não adequadamente compensados por eficiências⁵⁸⁸.

Consoante será discutido em detalhes ao longo desta tese, as condutas exclusionárias podem gerar diversos efeitos econômicos ambíguos sobre a concorrência. Por isso, a licitude desses comportamentos é definida a partir de teorias econômicas e de testes jurídicos que tentam sistematizar como determinada prática dificulta ou obsta a concorrência pelo mérito em determinado mercado relevante sem que haja compensações adequadas em termos de eficiências.

Partindo desses elementos normativos apresentados acima, é possível sintetizar que, no direito brasileiro, os abusos de posição dominante por exclusão (doravante condutas ou abusos exclusionários) são práticas empresariais exercidas por um agente econômico dominante, com a finalidade de privar os rivais atuais ou potenciais da obtenção dos ganhos de escala necessários para a entrada no mercado ou para a expansão das suas operações em determinado nicho. Consoante será

⁵⁸⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18 (*SDE x ABAV-RJ*); Tribunal; voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo ("47. [...] A lei brasileira não exige, de maneira alguma, standards de prova e ilicitude iguais para todas as condutas anticompetitivas que, em tese, prevêê"; e Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71 (*SDE x Alpha Therapeutic e outros*); Tribunal; voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo ("a diferenciação feita pelo legislador entre ilícitos por objeto e ilícitos por efeitos tem a ver com diferentes níveis probatórios exigidos em um ou em outro [...] em se tratando de ilícitos por objeto, a análise antitruste acerca da referida conduta dispensa a consideração de elementos adicionais, tais como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado, dado que a potencialidade lesiva é presumida do próprio objeto anticompetitivo, decorrendo da comprovação de materialidade da conduta").

⁵⁸⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50 (*MPERJ x Toesa e outros*); Tribunal; voto do Conselheiro Relator Alexandre Cordeiro Macedo ("diferentemente do regime de presunção de ilegalidade *per se*, a presunção de ilegalidade pelo objeto, não significa que outras circunstâncias econômicas ou jurídicas não possam eventualmente ser levadas em consideração no sentido de apurar o resultado líquido concorrencial, mas apenas que na distribuição de ônus processuais cabe ao acusado alegar e provar eficiências compensatórias").

⁵⁸⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12 (*ANP e outro x Sincopetro e outros*); Tribunal; voto da Conselheira Relatora Ana Frazão, § 99 - § 111.

⁵⁸⁸ AZEVEDO, P. F. de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. *Textos para discussão. Escola de Economia de São Paulo FGV/SP*, v. 234, n. 1, p. 9–10, 2010; NETO, C. M. da S.; CASAGRANDE, P. L. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 141-142.

exposto minuciosamente nesta tese, essa exclusão dos concorrentes atuais ou potenciais ocorre principalmente por meio de fechamento de mercado ou de aumento de custos de rivais.

Assim, a definição de padrões de análise e o estabelecimento de regimes de presunção complementam o conteúdo normativo do abuso de posição dominante. O tratamento dado a esses padrões e regimes pelo CADE e seus reflexos para a apreciação de condutas unilaterais e restrições verticais em plataformas digitais serão tratados em detalhes neste trabalho.

2.3. Critérios substantivos de ilicitude entre valores econômicos e não econômicos

Examinados os elementos que compõem as condutas exclusionárias no direito concorrencial brasileiro sob o ponto de vista da interpretação constitucional e legislativa, cabe neste momento perquirir o critério substantivo (*substantive standard*) que define se determinada conduta exclusionária pode ser considerada infração à ordem econômica na aplicação do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011.

Do ponto de vista histórico, a feição do pensamento econômico que teria influenciado a edição das primeiras leis de defesa da concorrência no cenário nacional até a década de 1990 é não apenas pouco conhecida da doutrina nacional como também confusa em si mesma⁵⁸⁹. Somente com a edição da Lei nº 8.884, de 1994, se iniciou, tanto no âmbito acadêmico quanto no jurisprudencial, um processo de adensamento do critério substantivo que deveria informar a atuação do CADE no exame das infrações à ordem econômica e no controle de estruturas em geral.

A fase inicial de maturação do critério substantivo de ilicitude, a partir da década de 1990, foi bastante influenciada pela teoria antitruste norte-americana, identificada com o núcleo do pensamento econômico da Escola de Chicago. À medida que a autoridade antitruste passou a utilizar definições e premissas da teoria de organização industrial na análise de investigações antitruste, a doutrina passou a identificar, entre nós, a ocorrência de uma transformação paradigmática de aproximação do espírito do direito da concorrência nacional aos valores econômicos cultivados na tradição de economia antitruste norte-americana.

⁵⁸⁹ Por todos, cf. CABRAL, M. A. M. *Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. p. 257 (rejeita a ideia de que as teorias econômicas só foram efetivamente importadas para o pensamento antitruste na década de 1990, o autor defende que, nas décadas de 1930 a 1960, era possível apreender a influência, no antitruste nacional, de teorias econômicas de diversas vertentes. Como destaca o autor, "seja por meio de citações diretas ou de autores estudados pelos formuladores dos diplomas, seja pela aproximação com o modelo de Cournot, no caso de Hungria, e com a teoria da concorrência imperfeita, no caso de Agamemnon Magalhães, pode-se confirmar essa hipótese").

Esse movimento ficou conhecido como a revolução do antitruste⁵⁹⁰, podendo também ser descrito como um processo de economização do direito da concorrência⁵⁹¹ ou mesmo de desconstitucionalização do direito da concorrência⁵⁹². Todos se referem a um momento histórico, que coincide com a segunda metade da década de 1990, em que se assistiu à profunda transformação da política antitruste nacional, alimentada por fatores como o espraiamento de uma ideologia liberal de política econômica no país, a consolidação institucional do CADE e, principalmente, a incorporação de uma teoria normativa dominante da defesa da concorrência que seria identificada com o *mainstream* da Escola de Chicago, que prevaleceu no antitruste norte-americano no final da década de 1970⁵⁹³. A principal consequência desse movimento seria o emprego cada vez mais frequente nas decisões do CADE de princípios, técnicas e metodologias da economia antitruste, importadas via apropriação intelectual de trabalhos acadêmicos, manuais de economia e documentos institucionais de autoridades estrangeiras⁵⁹⁴.

Tal perspectiva de revolução ou desconstitucionalização do antitruste assume, portanto, clara identificação do critério substantivo do antitruste nacional com o ideal de bem-estar do consumidor. Embora, a bem da verdade, nenhum dos autores mencionados afirme expressamente que o *consumer welfare* e o *total welfare* seriam os objetivos únicos da política de defesa da concorrência no Brasil, essa identificação decorre do próprio alinhamento da revolução antitruste da década de 1990 com os cânones do pensamento econômico ortodoxo norte-americano.

Há, no entanto, diversas razões que nos fazem desacreditar que o direito da concorrência brasileiro assume entre nós, na atualidade, uma feição *welfarista*. A literatura contemporânea nacional revela um consenso minimamente seguro entre os aplicadores do antitruste em torno da instrumentalidade da Lei de Defesa da Concorrência para a proteção do bem-estar econômico. De fato, parte majoritária da doutrina brasileira entende que a repressão ao abuso de poder econômico deve ser informada pela realização de diversos princípios constitucionais que entrelaçam valores

⁵⁹⁰ MATTOS, C. (org.). *A revolução do antitruste no Brasil: teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p. 20 (defende-se que, a partir da década de 1990, teria havido uma 'revolução antitruste' no Brasil, na medida em que, nesse período, teria ocorrido "a introdução de uma análise econômica mais sofisticada do antitruste no Brasil e sua crescente e decisiva influência sobre importantes casos concretos julgados pelo CADE").

⁵⁹¹ ANDRADE, J. M. A. de. *Economização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 174–175 (critica a tendência de negação dos valores constitucionais envolvidos na aplicação do direito da concorrência).

⁵⁹² SCHUARTZ, L. F. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, pp. 1–26, 2009 (descreve que, a partir da institucionalização no Brasil de uma teoria normativa de defesa da concorrência que se confundiria com o *mainstream* do pensamento econômico nos EUA, na década de 1970, os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste teriam se tornado "impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional").

⁵⁹³ CABRAL, M. A. M. Houve uma revolução antitruste no Brasil? In: CAMPILONGO, C.; PFEIFER, R. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. pp. 126–137.

⁵⁹⁴ SCHUARTZ, L. F. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 9; p. 11, 2009 ("aquilo que, nos Estados Unidos, era resultado parcial de uma complexa interação entre direito e ciência econômica e de uma evolução jurisprudencial com fissuras e tensões, celebrou-se, no Brasil, como referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato").

como liberdade econômica, livre concorrência, realização da justiça social e superação do subdesenvolvimento. Nesse sentido, juristas como FORGIONI⁵⁹⁵, FRAZÃO⁵⁹⁶ E SALOMÃO FILHO⁵⁹⁷ acentuam cada vez mais a perspectiva de integração de uma abordagem constitucional do direito antitruste. Essa perspectiva de integração constitucional, a propósito, é por vezes refletida nas decisões do CADE em controle de condutas.

Esse reconhecimento da multiplicidade de valores constitucionais que informa a aplicação da Lei nº 12.529, de 2011, porém, não contradiz nem almeja afastar a utilização de conceitos e metodologias econômicas que constituem importantes instrumentos tanto para o controle de condutas como de estruturas. Assim como se verifica no direito comunitário europeu, entre nós, pode claramente conviver com o rigor metodológico na demonstração de efeitos econômicos adversos a perseguição de objetivos múltiplos de ordem constitucional, inclusive o ideal de promoção da inovação⁵⁹⁸.

Além disso, a despeito das discussões teóricas, são relativamente raras as situações em que o critério substantivo de proteção do bem-estar do consumidor – seja no sentido de *consumer welfare*, seja no sentido de *total welfare* – contraria diretamente a proteção de valores como liberdade econômica, livre iniciativa e livre concorrência. Por isso, prosseguiremos a examinar, de forma mais específica, os critérios jurídicos de abuso de posição dominante.

3. Critérios jurídicos aplicáveis às condutas de exclusão na jurisprudência do CADE

Para além da identificação em abstrato do critério substantivo de ilicitude das condutas abusivas, assume maior relevância para a concretização da política antitruste a forma como referidos critérios são traduzidos, pelas autoridades, em regimes de legalidade e regras jurídicas, ou seja, em critérios legais de ilicitude.

⁵⁹⁵ FORGIONI, P. A. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI? In: NUSDEO, F. *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 348–354 (critica o caráter supostamente neutro do antitruste e adverte sobre a necessidade de explicitar os objetivos da política de defesa da concorrência brasileira).

⁵⁹⁶ FRAZÃO, A. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148 (ao defender a instrumentalidade do art. 173, § 4º, da Constituição, a autora assevera que "são inúmeros os problemas decorrentes de se eleger a eficiência ou qualquer critério econômico e puramente consequencialista como o único escopo do direito da concorrência").

⁵⁹⁷ SALOMÃO FILHO, C. *Teoria crítico-estruturalista do direito concorrencial*. Madri: Marcial Pons, 2015. pp. 234–235 (critica que "o direito antitruste vai sendo cada vez mais relevante a um tratamento meramente prático e casuístico" e que "países como o Brasil, cujo passado colonial e toda a evolução econômica posterior levaram a uma concentração econômica histórica e estrutural não podem aplicar direta e acriticamente teorias como a de Chicago e suas adaptações posteriores").

⁵⁹⁸ LEURQUIN, P. *Proteção da inovação pelo direito da concorrência*. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2021. pp. 141–142; e CASTRO, B. B. de. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 6, n. 2, pp. 72–73, 2018.

Incorporando mais uma vez a influência do pensamento econômico ortodoxo que informa as bases científicas do modelo da Escola de Chicago, o direito concorrencial brasileiro, a partir da edição da Lei nº 8.884, de 1994, buscou conferir ao tratamento de condutas unilaterais e de restrições verticais uma abordagem geral baseada na regra da razão, que se revelaria agnóstica em relação ao tipo de conduta.

As linhas gerais dessa abordagem foram fixadas no Anexo II à Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE⁵⁹⁹. Os termos dessa resolução são identificados como o resultado de um alinhamento do CADE aos pressupostos do tratamento de condutas unilaterais típico da Escola de Chicago⁶⁰⁰. Sem adentrar esse tipo de interpretação, é possível afirmar que o referido Anexo II, de fato, consubstanciou entre nós uma abordagem de efeitos para a análise de condutas unilaterais e restrições verticais.

Embora a referida resolução não esteja vigente no contexto da Lei de Defesa da Concorrência, as balizas gerais nela estabelecidas foram constantemente repisadas na jurisprudência, mesmo após o advento da nova lei⁶⁰¹. Também se observa que essas mesmas balizas estão hoje, em essência, reproduzidas no *Guia de compliance do CADE de 2016*. O referido guia prevê que os programas de *compliance* voltados à detecção de infrações antitruste devem primordialmente avaliar (i) a detenção de posição dominante da empresa; (ii) os possíveis efeitos de exclusão de concorrentes; e (iii) as possíveis justificativas econômicas da prática⁶⁰². De forma definitiva, na linha do que foi consignado recentemente no *peer review* conduzido pela OCDE, a estrutura geral da análise de atos de abuso de posição dominante feita pelo CADE envolve, portanto: "(i) analisar se a empresa investigada detém posição dominante no mercado relevante; (ii) avaliar os efeitos negativos (potenciais ou de fato) da conduta à concorrência; e (iii) analisar eventuais eficiências"⁶⁰³.

⁵⁹⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o processo administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

⁶⁰⁰ AMORIM, F. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, p. 87, 2017; e Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (*PROCON-SP x SKF*); Tribunal; voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo ("a Resolução foi bastante influenciada pela teoria antitruste norte-americana elaborada nos anos 70 e 80 a partir dos influxos da Escola de Chicago. Nesse então, conforme mencionado e pelas razões ressaltadas, o foco era a análise dos efeitos de condutas horizontais (ou seja, práticas concertadas entre concorrentes), relegando-se a um segundo plano a análise das condutas unilaterais ou das práticas verticais entre agentes com atuação complementar").

⁶⁰¹ A título exemplificativo, cf. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61 (*Raízen*), Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27 (*Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda.*) A doutrina também corrobora essa análise trifásica por parte do CADE em restrições verticais. Nesse sentido, cf. AZEVEDO, P. F. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. *Textos para discussão. Escola de Economia de São Paulo FGV/SP*, 2010.

⁶⁰² BRASIL. *Guia de compliance do CADE*. Brasília: 2016. pp. 37-39.

⁶⁰³ OCDE. *Revisões por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 85.

A despeito dessas regras gerais, abstratamente concedidas pela autoridade, percebe-se que, na prática jurisprudencial, o tratamento conferido pelo CADE às condutas unilaterais exclusionárias está longe de ser harmônico⁶⁰⁴. Além disso, sobretudo em relação às condutas unilaterais que envolvem riscos de fechamento de mercado – especialmente as condutas de recusa de contratar, práticas de exclusividade e fixação de preços de revenda –, a jurisprudência do CADE aproxima-se muito mais do que autores como KATSOULACOS chamam de "abordagem truncada de efeitos"⁶⁰⁵.

Apesar de não se confundir com um simples tratamento de ilegalidade *per se*, na abordagem de efeitos truncados, a autoridade decide sobre a existência ou não de responsabilidade antitruste ao avaliar a prática investigada a partir de um conjunto de presunções quanto ao potencial que determinadas práticas têm de distorcer o processo competitivo e prejudicar os rivais por meio de efeitos de exclusão amplamente definidos⁶⁰⁶.

Nos precedentes de condutas exclusionárias brevemente discutidos a seguir, percebe-se que o CADE se dedica muito mais a demonstrar que a conduta investigada se amolda às pressuposições de dano idealizadas para o mercado sob escrutínio do que propriamente se engaja em uma análise de efeitos anticompetitivos que, na maioria das vezes, são simplesmente presumidos da conduta. Ao nosso ver, esse padrão de tratamento não se diferencia muito da situação nublada, e em alguma medida casuística, que contemporaneamente pode ter marcado a aplicação do art. 102 da TFUE no direito comunitário europeu⁶⁰⁷. Tal como esclareceremos nos próximos subitens, a jurisprudência acumulada do CADE, não raro, tem utilizado atalhos e presunções de legalidade de determinadas condutas variados que, se desconsideradas pelo intérprete, podem levar a conclusões falsas quanto à legalidade das condutas de exclusão.

⁶⁰⁴ FERNANDES, V. O. Compliance programs and abuse of dominance practices under Brazilian competition law: a roadmap for compliance monitors. *Concurrences Competition Law Review*, v. 3, n. 1, pp. 217, 2019 (conforme observamos: "CADE's approach to monopolization practices has relied on a variety of presumptions of lawfulness that go far beyond the strict use of the rule of reason"). Esse diagnóstico também é compatível com aquele apresentado em NETO, C. M. da S.; GERADIN, D. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes*. São Paulo: CEDES, 2013. p. 150. ("despite the general approach based on the rule of reason, a closer look at the case law shows some inconsistency towards the actual implementation of this type of analysis. Indeed, the Brazilian Competition Law System has been applying different standards of proof to different cases, with some decisions applying such a low standard to who 'potential effects' or 'the anticompetitive scope of the conduct' that they come close to a form-based approach").

⁶⁰⁵ KATSOULACOS, Y. On the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, pp. 374–375, 2019.

⁶⁰⁶ KATSOULACOS, Y. On the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, pp. 374–375, 2019.

⁶⁰⁷ COLOMO, P. I. *Beyond the "more economics-based approach"*: a legal perspective on article 102 TFEU case law. 2016. p. 4.

3.1. Juízo de poder de mercado

Tradicionalmente, o CADE realiza o juízo de poder de mercado a partir da definição do mercado relevante afetado e do cálculo de participações. Conforme mencionado, a legislação aplicável define que a posição dominante pode ser presumida quando a empresa ou o grupo econômico controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante – percentual que pode ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia⁶⁰⁸.

Deve-se ter em mente, tal qual salientado, que o conceito de posição dominante remete a uma situação de fato, traduzida na capacidade de as empresas alterarem unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. Nesse sentido, a definição de mercado relevante e o cálculo de *market share* são apenas meios para a identificação daquela situação de fato, e não finalidades, em si, da análise concorrencial⁶⁰⁹. Assim, sempre que se estiver diante de situações em que a própria dinâmica do mercado afetado permita inferir a capacidade de uma empresa unilateralmente alterar fatores como preço, quantidade ofertada ou qualidade, o poder de mercado restará configurado independentemente da participação de mercado do agente econômico no mercado relevante investigado⁶¹⁰.

Sobretudo quando do exame de restrições verticais, por vezes, o CADE considera que a própria estrutura verticalizada da cadeia produtiva permite inferir a capacidade de modificação de condições relevantes de mercado. Esse entendimento foi firmado em diversos casos de aumento de preços dos rivais no setor portuário brasileiro⁶¹¹. Nesses casos, o CADE decidiu que os operadores portuários teriam violado a lei antitruste ao cobrar de rivais no mercado *downstream* de armazenagem de cargas taxas de segregação e entrega, conhecidas como THC 2.

No julgamento do Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, o Tribunal concluiu, sobre o poder de mercado desses agentes, que "a capacidade dos operadores portuários de aumentar os preços dos rivais pode ser presumida devido à posição de dependência dos armazéns

⁶⁰⁸ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36. § 2º: "Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia".

⁶⁰⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: [s.n.], 2016. p. 13.

⁶¹⁰ Embora seja amplamente utilizada no direito antitruste, a metodologia de definição de mercado relevante não é imune a críticas. Principalmente em mercados em que são considerados fatores relevantes para a competição, tais como a reputação das empresas, a qualidade dos produtos e o seu potencial de inovação, o recurso à metodologia de definição de mercados padece de críticas. Nesse sentido, cf. KAPLOW, L. Why (ever) define markets? *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, n. 11, pp. 437–517, 2011.

⁶¹¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17. Voto do Conselheiro Relator Ricardo Cueva. Julgado em 27 de abril de 2005; Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84. Voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos. Julgado em 22 de março de 2015; Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37. Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira. Julgado em 8 de agosto de 2018.

independentes em relação a esses operadores portuários". Neste caso, o CADE considerou desnecessário proceder a uma definição de mercado ou uma análise de participação de mercado, haja vista que a própria dinâmica provou o poder de mercado dos operadores portuários. Esse é apenas um exemplo de como a abordagem por efeitos pode ser mitigada a partir da análise de condições estruturais do mercado que servem de "atalho" para que o CADE aprecie os efeitos exclusionários da prática investigada.

3.2. Enquadramento dos efeitos anticompetitivos concretos e potenciais e tratamento de eficiências

Uma vez estabelecida a detenção da posição dominante, o passo seguinte à análise consiste na apreciação dos efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais, da conduta. A investigação dos possíveis efeitos pode ser de maior ou de menor dificuldade, a depender da natureza da conduta. Quando se está diante de práticas como *bundling*, venda casada, concessão de descontos condicionados e recusas de contratar, a própria teoria econômica antitruste se mostra relativamente carente de critérios claros, simples e precisos que permitam diferenciar verdadeiras restrições à concorrência de atos de simples competição no mérito cujas eficiências podem ser superiores a eventuais efeitos econômicos negativos⁶¹². Essa ausência de critérios de diferenciação na teoria econômica faz com que, na prática, a autoridade antitruste brasileira se utilize de diferentes regimes de presunção de legalidade das condutas unilaterais.

No tocante à jurisprudência de programas de fidelidade, a autoridade tem presumido a sua ilegalidade nas situações em que a empresa detém posição dominante no mercado afetado e impõe exclusividade de seus participantes. Tal presunção de ilegalidade foi firmada originariamente em caso no qual se investigava a prática de fechamento de mercado por meio do programa *Tô contigo*, da empresa *Ambev*⁶¹³. Por intermédio dele, a cervejaria oferecia aos pontos de venda descontos e bonificações em troca de exclusividade de venda ou de redução na comercialização de produtos concorrentes. À época da condenação do caso, o Tribunal do CADE decidiu que, quando praticado por empresa detentora de poder de mercado, um programa de fidelidade com exclusividade gera o efeito potencial de redução do grau de contestabilidade do mercado e de criação de barreiras artificiais à entrada⁶¹⁴.

Mais recentemente, o CADE parece ter corroborado essa presunção de ilegalidade ao julgar a prática de fechamento de mercado de concorrentes por parte das representadas fabricantes de

⁶¹² FUMAGALLI, C.; MOTTA, M.; CALCAGNO, C. *Exclusionary practices: the economics of monopolisation and abuse of dominance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2018. p. 21.

⁶¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

⁶¹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10.

sorvete *Unilever* – proprietária da *Kibon* – e *Nestlé*. No caso, as representadas ofereciam aos pontos de venda descontos e bonificações em troca de exclusividade de vendas, de *merchandising* (exposição privilegiada) ou de uso dos refrigeradores⁶¹⁵. Nesse processo, todas as empresas que detinham posição dominante nos mercados relevantes geográficos afetados pela imposição de exclusividade foram condenadas. Além disso, ainda que as representadas não tenham sido condenadas pela prática nos mercados relevantes geográficos em que não possuíam poder de mercado, definido em âmbito municipal, a decisão determinou a cessação da conduta em todo o território nacional, isto é, mesmo nos estados em que as representadas não apresentavam posição dominante⁶¹⁶.

Em casos como esses, embora realmente se exija a comprovação da posição dominante do agente, observa-se que o juízo *ex ante* de ilegalidade do ato limita ou mesmo esvazia por completo eventuais discussões sobre efeitos, dado que da própria conduta é possível presumir prejuízos, ainda que potenciais, à concorrência.

Presunções de ilicitude mais rigorosas podem ser vislumbradas em decisões do CADE de restrições verticais relacionadas a preço. No clássico caso *SKF*⁶¹⁷, em que se investigava a fixação de preços mínimos de revenda, o entendimento da maioria dos Conselheiros que participaram do julgamento definiu que tal prática seria dotada de uma presunção de ilegalidade, ainda que relativa, a qual poderia ser afastada, com ônus probatório do investigado, caso este conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado de mercado.

Entendeu-se que essa prova estaria produzida se, cumulativamente, (i) nem o fornecedor, isoladamente, nem os distribuidores, em conjunto, tivessem 20% ou mais do mercado; e (ii) nenhum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos na conduta fizesse parte do grupo das quatro maiores empresas de seu mercado relevante, na hipótese de o índice C4 ser superior a 75%, caso em que os distribuidores envolvidos seriam considerados em conjunto, como se apenas um agente econômico fossem. A compreensão desse julgado mostra que o debate sobre a licitude de restrições verticais ultrapassa a discussão acadêmica sobre *per se vs. regra da razão*⁶¹⁸.

Outro exemplo interessante de como a autarquia tem aproximado a análise dessas práticas à aplicação de abordagem de efeitos truncadas diz respeito às discussões de uma forma específica de

⁶¹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

⁶¹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27.

⁶¹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

⁶¹⁸ Como destacam Carvalho, Veríssimo e Silveira, referindo-se a esse processo: "*One may label CADE's decision either as a rule of reason or an illicit per se approach. From an enforcer standpoint, this is irrelevant. What is relevant is the consolidation of the understanding that CADE will consider minimum RPM practices as presumably illegal*". (CARVALHO, V. M. de; VERÍSSIMO, M. P.; SILVEIRA, P. B. da. Vertical restraints: a look ahead. *Competition Policy International*, v. 9, n. 1, p. 6, 2013).

exclusividade em restrições verticais, ilustrada nas "cláusulas de raio de *shoppings centers*". Por meio dessas cláusulas, os *shoppings centers*, na condição de locadores, impõem restrições de natureza geográfica, temporal e material que impedem que os lojistas neles instalados estabeleçam outras lojas nos limites do raio.

Após apreciar o tema em vários processos, a Superintendência-Geral do CADE fixou o seguinte entendimento: "cláusulas com extensão de raio superior a 5 km e que incluam acionistas ou sócios não controladores ou outros estabelecimentos do mesmo locatário de marca diversa não serão aceitas". De acordo com esse entendimento, independentemente da participação de mercado da empresa que conduz a prática, só merecerão análise por efeitos processos que investiguem cláusulas com raios maiores que dois e menores que cinco quilômetros, bem como cláusulas com duração superior a cinco anos.

Por fim, a ausência de decisões do CADE de arquivamento de condutas unilaterais baseada na análise de eficiências torna difícil qualquer tipo de direcionamento sobre como essas alegações de defesa devem ser apreciadas. De modo geral, é possível afirmar que as alegações de eficiências tendem a prosperar quanto maiores forem os possíveis benefícios para os consumidores finais, especialmente em termos de menores preços, melhores produtos ou maior inovação.

4. Conclusões do Capítulo

Este Capítulo buscou esclarecer os principais elementos normativos que compõem o tratamento do abuso de posição dominante no direito concorrencial brasileiro, comparando os referidos parâmetros àqueles desenvolvidos nos sistemas norte-americano e europeu. Conforme analisamos, o abuso de posição dominante consiste, sem dúvida, na área do direito da concorrência em que há maiores divergências teóricas.

Embora haja um senso comum no sentido de que as discrepâncias nos resultados das investigações de condutas unilaterais nos EUA e na União Europeia dever-se-iam à perseguição de objetivos diferentes pelas políticas antitruste (respectivamente bem-estar do consumidor e proteção do processo competitivo em si), parece-nos que essas discrepâncias tendem a ser mais bem explicadas pelos critérios jurídicos de tratamento dessas práticas do que pelos critérios substantivos propriamente ditos. Além disso, nas duas tradições, verifica-se que a influência das escolas de Harvard e Chicago se exercem de forma não linear no tratamento de modalidades específicas de abuso. Em relação aos critérios jurídicos, verificou-se que nem mesmo internamente nesses dois sistemas comparados é possível depreender uma uniformidade de tratamentos em termos de critérios jurídicos. Parece-nos que hoje, dos dois lados do Atlântico, são empregados diferentes critérios jurídicos para o tratamento taxonômico das múltiplas formas de abuso.

No caso brasileiro, o conceito de abuso de posição dominante traça suas origens à discussão constitucional sobre o mandado de repressão contido no art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988. A doutrina historicamente tratou o abuso de poder econômico a partir das lentes das teorias de abuso de direito. Além disso, pelo menos até a década de 1990, o CADE não proferiu decisões relevantes nesse caso.

Nas últimas três décadas, o CADE tem tentado construir uma abordagem geral de tratamento de condutas unilaterais alegadamente baseada na regra da razão, conforme uma vez definida no Anexo II à Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE. Essa adoção da regra da razão, no entanto, é nublada, na prática, pela adoção de presunções de ilicitude e de testes jurídicos muito díspares, ora aproximando-nos de regras *per se*, ora de uma verdadeira análise por efeitos truncada. Essas considerações apontam para a necessidade de buscarmos critérios jurídicos para o tratamento do abuso de posição dominante que considerem, de forma específica, os possíveis danos advindos das práticas anticompetitivas investigadas.

CAPÍTULO 4: DANO ANTITRUSTE SOBRE INOVAÇÃO EM MERCADOS DIGITAIS

Ao apreciar atos de abuso de posição dominante, o CADE dispõe de critérios substantivos e jurídicos que parametrizam a interpretação do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011. Embora haja uma multiplicidade de valores constitucionais que informam a aplicação desse diploma legislativo, é inegável que, ao preencher os referidos critérios, o CADE utiliza instrumentos e metodologias fortemente lastreadas na teoria microeconômica neoclássica e, em especial, na teoria de preços.

Nesse contexto, a investigação de condutas unilaterais assume notável complexidade em plataformas digitais, posto que os modelos de negócios atuam a partir de estratégias de "gratuidade". Como não há trocas de preços em pelo menos um dos lados da plataforma, diversas dificuldades teóricas e práticas se colocam. Afinal, se o § 2º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência preleciona que a posição dominante significa a capacidade unilateral ou coordenada de afetar as condições de mercado, torna-se até mesmo questionável em que medida as relações estabelecidas entre a plataforma e os diversos grupos de consumidores intermediários denota a existência de um "mercado" no sentido jurídico.

O objetivo deste Capítulo é esclarecer, em uma dimensão normativa, como as plataformas digitais podem violar a Lei de Defesa da Concorrência, de forma a ocasionar danos à concorrência em parâmetros não relacionados a preço, em especial, ao parâmetro inovação. Consoante será demonstrado no item 1, apesar de a legislação antitruste brasileira não detalhar a sua aplicação a relações econômicas não baseadas em valores monetários, o mencionado dispositivo da Lei nº 12.529, de 2011, apresenta abertura hermenêutica suficiente para enquadrar como exercício de poder de mercado situações fáticas em que plataformas digitais exploram vínculos de dependência econômica com distintos grupos de usuários.

Assim, a Lei de Defesa da Concorrência pode ser utilizada para reprimir condutas anticompetitivas de plataformas digitais que causam danos ao bem-estar do consumidor nas diversas formas de aumento de custos não econômicos ou de redução da qualidade na oferta de produtos e serviços, sendo esta mensurada em fatores como privacidade, exibição de anúncios, e, principalmente, inovação, conforme será demonstrado no item 2.

Por fim, o item 3 deste Capítulo apresentará uma proposta original de como estruturar uma moldura de análise antitruste com foco em inovação para as plataformas digitais, ressaltando como as abordagens de concorrência dinâmica dialogam com as especificidades dos modelos de negócios e com os avanços da teoria econômica sobre inovação.

1. Pressupostos da aplicação da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, aos mercados digitais

A ausência de moeda nas transações entre usuários e plataformas digitais suscita questionamentos normativos e metodológicos acerca da aplicação das leis de defesa da concorrência⁶¹⁹. Do ponto de vista do critério de licitude, a principal questão suscitada diz respeito à possibilidade de se falar na existência de "dano" ao bem-estar do consumidor nos mercados não caracterizados por trocas monetárias. Dado que o direito concorrencial brasileiro exige a demonstração de um efeito anticompetitivo das práticas exclusionárias, ainda que potencial, torna-se importante compreender como tal efeito pode ser delimitado e, até mesmo, mensurado nos mercados digitais.

As possibilidades de superação dos obstáculos derivados da problemática da intervenção antitruste em mercados de preço zero serão desvendadas nos próximos subtópicos. De acordo com o que será abordado, do ponto de vista da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, o controle de condutas concorrenciais em mercados digitais pode superar a ortodoxia das metodologias tradicionais com foco em preço, reconhecendo a natureza não monetária dos custos de privacidade e atenção envolvidos nas trocas de usuários com as plataformas digitais.

1.1. Problemática da intervenção nas relações econômicas de preço zero

Mesmo que a influência das teorias econômicas ao longo da história do pensamento antitruste se exerça de forma não linear⁶²⁰, é possível definir que os princípios gerais econômicos que compõem a ortodoxia do direito da concorrência são coincidentes com o modelo neoclássico de bem-estar econômico⁶²¹. Esse modelo é resultado de uma associação do paradigma de concorrência perfeita com os avanços da teoria de preços (*price theory*) decorrentes da revolução marginalista⁶²².

O protagonismo da teoria de preços no pensamento antitruste remonta aos estudos da Escola de Chicago a partir da década de 1970⁶²³, embora aquela teoria seja mais antiga e muito mais

⁶¹⁹ EVANS, D. S. The antitrust economics of free. *Competition Policy International*, v. 7, n. 1, p. 17, 2011 ("a price of zero provides a red flag that the textbook model of competition and standard antitrust analysis do not apply to the product in question").

⁶²⁰ KOVACIC, W. E.; SHAPIRO, C. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, pp. 43–60, 2000.

⁶²¹ NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 4–5; e HOVENKAMP, H. J. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2013. p. 15.

⁶²² LIANOS, I.; KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 212.

⁶²³ PAGE, W. H. The Chicago School and the evolution of antitrust: characterization, antitrust injury and evidentiary sufficiency. *Virginia Law Review*, v. 75, n. 7, pp. 1230–1231, 1989.

influyente do que as proposições normativas dessa escola⁶²⁴. Consoante discutido nesta pesquisa, a principal contribuição da Escola de Chicago reside na defesa da tese de que o objetivo único da política antitruste deveria ser o de garantir a eficiência econômica, situada no paradigma, ou princípio, de bem-estar do consumidor (*consumer welfare*).

Os significados atribuídos a esse conceito são diversos e, por vezes, contraditórios⁶²⁵. Na tradição norte-americana, autores como BORK⁶²⁶ E POSNER⁶²⁷ utilizavam essa expressão para se referir à maximização do excedente total (*total surplus*), ou seja, a soma do excedente do consumidor (*consumer surplus*) com o excedente do produtor (*producer surplus*)⁶²⁸, enquanto autores como LANDE o empregavam no sentido único de excedente do consumidor (*consumer surplus*)⁶²⁹.

Independentemente do parâmetro de bem-estar social eleito, porém, é inegável o papel da teoria de preços para medir – ou pelo menos para ilustrar – as situações de eficiência econômica de natureza alocativa que a intervenção antitruste persegue⁶³⁰. Partindo do parâmetro de excedente total, por exemplo, uma conduta ou estrutura empresarial seria socialmente desejável se o resultado líquido das eficiências alocativas e produtivas fosse positivo⁶³¹. Em termos práticos, essa situação ideal aproximar-se-ia a um cenário de manutenção de preços baixos para os consumidores e de níveis de oferta altos para os produtores⁶³². Essa delimitação do resultado social desejável permite que as autoridades antitruste confiem em padrões probatórios definidos em preços.

A centralidade quase absoluta da teoria de preços, no entanto, suscita dificuldades consideráveis para a aplicação de conceitos-chave da literatura antitruste às plataformas digitais. Consoante abordado no Capítulo 2, os modelos de negócios usualmente operam a preço zero, haja vista que o usuário final que acessa plataformas como ferramentas de buscas *online*, redes sociais e muitas outras, não remunera o intermediário com pagamentos diretos em dinheiro. Ao analisar

⁶²⁴ WEYL, E. G. Price theory. *Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 2, pp. 353–355, 2019 (argumenta que a percepção de que existe uma associação firme entre a Escola de Chicago e a teoria de preços é resultante, na realidade, de um processo de segregação dos economistas dessa escola, o que não significa que não exista uma teoria de preços fora de Chicago).

⁶²⁵ ORBACH, B. Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, pp. 133–164, 2011 ("when Bork used the term 'consumer welfare', he obscured basic concepts in economic").

⁶²⁶ BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books, 1978.

⁶²⁷ POSNER, R. A. The Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, pp. 925–948, 1979.

⁶²⁸ O verdadeiro sentido de *consumer-welfare* da Escola de Chicago é esclarecido principalmente em BORK, R. H.; BOWMAN, W. S. The goals of antitrust: a dialogue on policy. *Columbia Law Review*, v. 65, pp. 363–376, 1965.

⁶²⁹ LANDE, R. H. A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, pp. 2349–2403, 2013.

⁶³⁰ YOO, C. S. The post-Chicago antitrust revolution: a retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 2, p. 2153, 2020.

⁶³¹ BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books, 1978. pp. 90–91;

HOVENKAMP, H. J. Implementing antitrust's welfare goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, p. 2477, 2013.

⁶³² Vide item 1.2. do Capítulo 1.

condutas de plataformas digitais, torna-se extremamente difícil enquadrar a relação usuário-plataforma nos cânones das relações de mercado tradicionalmente tuteladas pela legislação antitruste. Essa problemática escancara que a tradição do direito antitruste, até aqui, não se baseou em uma definição jurídica abstrata de mercado e tem se tornado extremamente dependente da referida metodologia de preços⁶³³.

A aplicação da moldura antitruste a esses modelos de negócios é complexa não apenas pela inexistência de preços positivos nas relações com o usuário final, mas também pela própria internalização dessa estratégia de gratuidade nas intermediações entre os múltiplos lados da plataforma. De fato, a característica de preço zero pode ser encontrada em outras estratégias comerciais que historicamente despertam a atenção das autoridades de defesa da concorrência, tal como se verifica nas situações de preços predatórios ou nas práticas de venda casada⁶³⁴. Nos referidos casos, porém, a estratégia de gratuidade é concebida em uma relação de produtos complementares; assim, é relativamente fácil visualizar a inter-relação entre o bem ofertado a preço zero e outro produto ou serviço que possua preço positivo⁶³⁵.

A grande particularidade das plataformas, porém, reside no fato de a racionalidade empresarial envolver a internalização das relações de interdependência das demandas de distintos grupos envolvidos. Nesse sentido, enquanto nas estratégias de produtos complementares e de ofertas *freemium* o grupo de consumidores que obtém o produto gratuito coincide com o que adquire o produto agregado, no caso das plataformas, tais produtos relacionados são transacionados a grupos distintos de consumidores⁶³⁶.

Essa peculiaridade faz com que, do ponto de vista exclusivo do usuário final da plataforma, as relações de troca sejam, ao menos em um primeiro momento, vistas como genuinamente "gratuitas". Nos casos das plataformas digitais de anúncios, embora fique evidente que exista um mercado remunerado positivamente no lado da plataforma em que atuam os publicitários⁶³⁷, a

⁶³³ VOCKE, J. C. *Der kartellrechtliche Marktbegriff und unentgeltliche Leistungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021. p. 4.

⁶³⁴ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 2, pp. 533–540, 2016.

⁶³⁵ EVANS, D. S. The antitrust economics of free. *Competition Policy International*, v. 7, n. 1, p. 82, 2011 ("the fact that a product is sold for free usually indicates there is a companion product and that the economics of those products are inextricably intertwined"). De forma semelhante, Newman categoriza duas modalidades de preço zero: (i) as estratégias sustentáveis, que envolvem justamente a exploração de produtos inter-relacionados, e (ii) as estratégias não sustentáveis, incapazes de gerar lucro no longo prazo, tais como serviços colaborativos (*Wikipedia*, *Linux* etc.). NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 153–158, 2015.

⁶³⁶ A diferença entre as estratégias de plataformas e os demais modelos de produtos complementares é destacada em FILISTRUCCHI, L. Two-sided vs. complementary products. *Antitrust Chronicle Especial Edition*, v. 1, n. 1, pp. 34–35; p. 37, 2019; e RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, pp. 127–129, 2009.

⁶³⁷ FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 112.

dúvida que se coloca é se o lado em que os usuários finais recebem o serviço da plataforma sem trocas monetárias pode ou não, afinal, constituir um mercado relevante⁶³⁸.

Em razão das particularidades do modelo de plataformas digitais, a partir da década de 2010, a característica de preço zero foi levantada como um óbice à aplicação das leis de defesa da concorrência na experiência comparada. Tornou-se comum por parte das *big techs* a defesa do seguinte argumento: se uma estratégia comercial da plataforma digital não resultasse em um aumento de preços, não seria possível falar em um risco de perda de bem-estar do consumidor que legitimaria a intervenção antitruste⁶³⁹. De fato, ao considerar a medição da perda de peso morto tradicionalmente aferida em preços como critério central de ilicitude, seria praticamente impossível falar em uma situação de cobrança de preços de monopólio em plataformas digitais⁶⁴⁰ ou até mesmo identificá-la.

Essas teses de imunidade antitruste foram acolhidas, ainda que momentaneamente, pelos Tribunais e pelas autoridades administrativas norte-americanas e europeias. No icônico caso *KinderStart vs. Google*, a Corte Distrital da Califórnia rejeitou a acusação de que o *Google* teria abusado da sua posição dominante ao manipular os resultados de buscas exibidos na sua página justamente por entender que, como os usuários não pagam por essas buscas, "o mercado de buscas não constituiria propriamente um 'mercado' para os fins de aplicação da lei antitruste"⁶⁴¹ (tradução livre).

No contexto europeu, em investigações de condutas e de fusões nos mercados de TV aberta, a Comissão Europeia considerou inicialmente que seria possível afirmar a existência de um "mercado" no sentido antitruste apenas nos lados em que se observava cobrança monetária, ou seja, entre os anunciantes e as emissoras⁶⁴². Em outra importante decisão, em 2015, o Tribunal Superior

⁶³⁸ ROBERTSON, V. H. S. E. *Competition law's innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 220 ("the question arises whether the 'free' market side in these scenarios can be called a commercial activity"). Essa discussão é aprofundada, em relação ao caso do *Google*, em RATLIFF, J. D.; RUBINFELD, D. L. Is there a market for organic search engine results and can their manipulation give rise to antitrust liability? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 3, pp. 517–541, 2014 (os autores defendem que não há como considerar o mercado antitruste tão somente como o lado da plataforma em que não há cobrança de preços).

⁶³⁹ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, p. 160, 2015 ("courts, enforcers, and theorists have concluded that without prices, there can be no welfare harms of the type that antitrust law seeks to prevent"). Para uma análise aprofundada das teses de imunidade antitruste em relação aos modelos de negócio de preço zero, cf. VOCKE, J. C. *Der kartellrechtliche Marktbegriff und unentgeltliche Leistungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021. pp. 87–97.

⁶⁴⁰ Essa tese foi defendida, no contexto norte-americano, por exemplo, em BORK, R. H. Antitrust and Google. *Chicago Tribune*, v. 1, n. 1, 2012 ("there is no coherent case for monopolization because a search engine, like Google, is free to consumers and they can switch to an alternative search engine with a click").

⁶⁴¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CORTE DISTRITAL DA CALIFÓRNIA. *KinderStart.com vs. Google*. 2007 ("KinderStart has not alleged that anyone pays Google to search. Thus, the Search Market is not a 'market' for purposes of antitrust law").

⁶⁴² FERRO, M. S. "Ceci n'est pas un marché": gratuity and competition law. *Concurrences*, n. 1, 2015. p. 7; VOLMAR, M. *Digitale Marktmacht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019. p. 86; e ALEMANHA.

de Düsseldorf, na Alemanha, igualmente entendeu que, no caso de plataformas de reserva de hotéis *online*, só se poderia falar em um "mercado" na acepção antitruste no lado em que havia cobrança monetária da plataforma e no lado dos hotéis, não sendo possível identificar mercado no lado dos usuários⁶⁴³.

A despeito desses precedentes, é possível afirmar que, atualmente, nos dois lados do Atlântico, a tese majoritária na doutrina e na jurisprudência estabelece que a oferta de serviços a preço zero não preclui a incidência da legislação antitruste quando essa estratégia de preço zero é associada, pelo menos indiretamente, a uma finalidade lucrativa⁶⁴⁴. Ou seja, se houver uma relação minimamente próxima entre a oferta gratuita e a oferta de outro bem ou serviço pelo qual se cobra um preço positivo, haverá espaço para a aplicação da lei antitruste.

Nesse sentido, no âmbito do direito comunitário europeu, a Comissão Europeia recentemente assumiu, de forma implícita, a existência de mercados a preço zero na revisão da fusão *Facebook/WhatsApp*⁶⁴⁵. Também no caso *Google Shopping*, a autoridade assentou que "a conclusão de que o *Google* detém poder de mercado não é precluída pelo fato de a empresa oferecer os seus serviços de buscas gerais livre de cobranças" (tradução livre)⁶⁴⁶. Especificamente no caso alemão, é interessante observar que uma alteração normativa, em 2017, na Lei contra Atos de Restrição da Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) passou a prever explicitamente que "o reconhecimento de um mercado relevante não pode ser invalidado pelo fato de os bens e serviços serem providos livres de cobranças" (tradução livre)⁶⁴⁷.

Entre nós, embora a Lei nº 12.529, de 2011, não faça referência a modelos de negócios de preço zero, entendemos que as decisões recentes do CADE no controle de condutas de plataformas digitais examinadas nesta tese, por si sós, afastam qualquer forma de imunidade a ofertas gratuitas. De todo modo, porém, a influência da teoria dos preços nos modelos analíticos não deixa de gerar consideráveis dificuldades normativas e práticas para a atuação das autoridades antitruste.

BUNDESKARTELLAMT. THINK TANK INTERNET. *Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*. Bonn: BKartA, 2016. pp. 36–37.

⁶⁴³ ALEMANHA. *Oberlandesgericht Düsseldorf*. Beschluss vom 09.01.2015 - VI - Kart 1/14 (V).

⁶⁴⁴ No contexto norte-americano, além dos autores citados, cf. DELRAHIM, M. "I'm free": platforms and antitrust enforcement in the zero-price economy. *Remarks as Prepared for Delivery at Silicon Flatirons, University of Colorado Law School*, p. 9, 2019. No âmbito supranacional e nacional europeu, cf. KÖRBER, T. Analoges Kartellrecht für digitale Märkte? *WUW: Wirtschaft und Wettbewerb*, v. 65, n. 2, pp. 120–132, 2015 ("Die Erkenntnis, dass von Märkten auch dann gesprochen werden kann, wenn ein Geldpreis fehlt, ist in der Ökonomie ein Allgemeinplatz und wird auch von der EU-Kommission und EuG schon lange als selbstverständlich angesehen").

⁶⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Case M.7217 – Facebook/WhatsApp. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, 2014. p. 36.

⁶⁴⁶ "The Commission concludes that a finding of dominance is not precluded by Google's claim³³⁷ that it offers its general search services free of charge".

⁶⁴⁷ ALEMANHA. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, § 18 Marktbeherrschung, (2a) ("der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.").

Em decorrência disso, conforme será arrazoado no tópico subsequente, é necessário compreender como as transações observadas no lado "gratuito" das plataformas digitais podem caracterizar a existência de um mercado antitruste em sentido técnico.

1.2. Dados e atenção como elementos sinalizadores do mercado antitruste

Os principais estudos que identificam mercados antitruste em relações de preço zero assinalam que, mesmo que não haja trocas monetárias, há importantes transações de bens imateriais nas plataformas digitais. Tais estudos incorporam premissas dos trabalhos de NEWMAN⁶⁴⁸, RUBENFIELD E GAL⁶⁴⁹ e outros⁶⁵⁰, os quais acentuam que, apesar de os usuários não pagarem às plataformas com moeda pelos serviços digitais ofertados, eles cedem aos intermediários dados pessoais e atenção.

Os dados e a atenção, por sua vez, sinalizam custos de oportunidade para os usuários e meios de obtenção de lucros para a plataforma. Tal função dúplice dos "custos", em si, denotaria a existência de trocas econômicas típicas de um mercado antitruste⁶⁵¹.

A premissa central desses trabalhos é a rejeição da ideia de que as ofertas de preço zero são efetivamente gratuitas. Em regra, os defensores dos benefícios pró-competitivos das ofertas de preço zero em mercados *online* defendiam que o desenvolvimento de novas tecnologias da informação faria com que os custos de replicação e armazenamento de dados caíssem vertiginosamente, aproximando o custo marginal da oferta de produtos e serviços digitais a zero⁶⁵².

Esse argumento foi desenvolvido principalmente na obra de ANDERSON⁶⁵³, ao defender a tese de a "gratuidade" experimentada no século XXI ser bastante diferente daquela observada no passado, justamente por resultar de um movimento estrutural da economia em que a digitalização da informação induziria a queda vertiginosa dos custos de produção. Assim, no "mundo pós-escassez",

⁶⁴⁸ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 149–206, 2015; e NEWMAN, J. M. The myth of free. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, pp. 513–586, 2018.

⁶⁴⁹ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 2, pp. 521–562, 2016.

⁶⁵⁰ POLVERINO, F. Hunting the wild geese: competition analysis in a world of "free". *Concorrenza e Mercato*, v. 1, n. 1, pp. 1–25, 2012; DEWENTER, R.; RÖSCH, J.; TERSCHÜREN, A. Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen. *Diskussionspapier, No. 151, Helmut-Schmidt-Universität - Universität der Bundeswehr Hamburg*, 2014. p. 6.

⁶⁵¹ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 164–174, 2015.

⁶⁵² GOLDFARB, A.; TUCKER, C. Digital economics. *Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 1, p. 3, 2019 ("digital economics explores how standard economic models change as certain costs fall substantially and perhaps approach zero").

⁶⁵³ ANDERSON, C. Free! Why \$ 0.00 is the future of business. *Wired*, 2008 ("anything that touches digital networks quickly feels the effect of falling costs").

os mercados digitais operariam a preço marginal nulo, o que os aproximaria ao modelo de concorrência perfeita em que o bem-estar social estaria plenamente garantido⁶⁵⁴.

As falácias desse raciocínio, no entanto, são descortinadas por estudos como os de HOOFNAGLE E WHITTINGTON⁶⁵⁵ E NEWMAN⁶⁵⁶, os quais passaram a exercer grande influência na literatura antitruste na última década. Os referidos autores demonstram que os custos marginais na oferta de produtos e serviços digitais são persistentes e, mesmo que fossem nulos, a existência de elevados custos fixos nesses modelos de negócios impediria a manutenção dos preços de mercado no patamar marginal no longo prazo.

Além disso, como modelo idealizado, o paradigma de concorrência perfeita pressupõe não apenas a equivalência do preço de mercados aos respectivos custos marginais, mas também outras características pouco observáveis nos mercados digitais, tais como a homogeneidade dos produtos, a inexistência de barreiras à entrada e o caráter de mero tomador de preço dos ofertantes⁶⁵⁷.

Devido principalmente à existência de elevados custos fixos e de custos marginais não desprezíveis na provisão de serviços *online*, as empresas que perseguem uma finalidade lucrativa em mercados de ferramentas de buscas e redes sociais não operam verdadeiramente a preço zero. O que ocorre nesses casos, na realidade, é a adoção de estratégias de recuperação de tais custos envolvidos na oferta de conteúdos por meio de outras atividades em que preços "positivos" estão envolvidos⁶⁵⁸.

No caso das plataformas de anúncios, isso acontece principalmente a partir da coleta e da análise de dados dos usuários que permitem o direcionamento de anúncios publicitários vendidos do outro lado da plataforma⁶⁵⁹. Por essa razão, tornou-se bastante difundida na literatura a afirmação de que, em vez de pagarem com dinheiro ou moeda, os consumidores de plataformas digitais verdadeiramente pagariam com seus dados pessoais e com sua atenção⁶⁶⁰.

Os dados são verdadeiros *inputs* do processo produtivo das plataformas. Dessa maneira, a bem da verdade, as plataformas "adquirem" esse insumo dos usuários para vender um produto

⁶⁵⁴ MEHRA, S. K. Competition law for a post-scarcity world. *Texas A&M Law Review*, v. 4, n. 1, pp. 14–28, 2016; e GOLDFARB, A.; TUCKER, C. Digital economics. *Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 1, p. 12, 2019.

⁶⁵⁵ HOOFNAGLE, C. J.; WHITTINGTON, J. Free: accounting for the costs of the internet's most popular price. *UCLA Law Review*, v. 606, pp. 606–670, 2014.

⁶⁵⁶ NEWMAN, J. M. The myth of free. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, pp. 525–541, 2018.

⁶⁵⁷ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 178–182, 2015.

⁶⁵⁸ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 2, p. 523, 2016; e EVANS, D. S. The antitrust economics of free. *Competition Policy International*, v. 7, n. 1, pp. 17–18, 2011.

⁶⁵⁹ FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 22; e CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. jul. 2020. pp. 36–38.

⁶⁶⁰ STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. Debunking the myths over big data and antitrust. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 2015, p. 9, maio 2015; e EBEN, M. A. K. Market definition and free online services: the prospect of personal data as price. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 14, n. 2, p. 226, 2018.

agregado do outro lado da plataforma: a publicidade direcionada⁶⁶¹. Se, na perspectiva econômica neoclássica, os preços correspondem a um "meio de troca" que revela preferências do consumidor, ao dizer que dados podem ser utilizados como pagamento para serviços de plataformas, pressupõe-se que os usuários atribuem certo valor aos seus dados e aceitam conscientemente que eles estão sendo intercambiados por determinado conteúdo ofertado pela plataforma⁶⁶². Assim, ao "gastar" mais dados em uma plataforma do que em outra, o consumidor está evidentemente sinalizando suas preferências a partir de uma verdadeira análise de custo-benefício que denota uma troca de mercado⁶⁶³.

Além de precisarem obter informações sobre os usuários, é essencial que as plataformas captem o tempo e a atenção que aqueles usuários gastam na internet para que os anúncios vendidos sejam visualizados e gerem o impacto desejado. A internet apresenta uma quantidade jamais alcançada de informações disponíveis. Esse excesso informacional, contudo, gera um efeito colateral de escassez da atenção⁶⁶⁴. Tal escassez é reforçada pelas próprias características de finitude desse recurso. A atenção é uma função cognitiva humana naturalmente limitada⁶⁶⁵ que não pode ser estocada ou transferida.

As plataformas digitais somente conseguem monetizar os dados obtidos dos usuários se eles forem, de algum modo, utilizados para agregar valor à intermediação que a plataforma realiza entre os diversos agentes econômicos. Na perspectiva do usuário, as limitações de tempo e atenção impõem que sejam feitas escolhas sobre os aplicativos e o conteúdo que serão acessados na *web*. Essas restrições de tempo fazem com que as escolhas sobre o que consumir na internet envolvam verdadeiros "custos de atenção" que as plataformas procuram ressarcir aos usuários, nas suas interações, com a oferta de produtos e serviços a preço zero⁶⁶⁶. À semelhança do que ocorre nas

⁶⁶¹ Para uma discussão rica em torno desse ponto, cf. SCHREPEL, T. *Why you are not paying with your data*. pp. 10–12, 2019; e NEWMAN, J. M. Understanding the zero-price economy: we're the producers, not the consumers. *Le Concurrentialiste Journal of Antitrust Law*, pp. 1–5, 2019. Radicalizando a premissa de que os usuários não "pagam" com os dados, mas os "vendem" às plataformas, Brooks defende que a percepção de dados pelas plataformas não poderia ser examinada a partir de uma teoria de monopólio, e sim de uma teoria de monopsonio. Cf. BROOKS, J. W. The dilemma of "free": Facebook's monopsony power and the need for an antitrust Renaissance. *SSRN Electronic Journal*, maio 2020.

⁶⁶² STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 54–55.

⁶⁶³ EBEN, M. A. K. *Addressing the main hurdles of product market definition for online services: products, price, and dynamic competition*. 389 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – The University of Leeds, 2019.

⁶⁶⁴ Descrevendo como a progressão da mídia impressa para a mídia de transmissão, para computadores pessoais e telefones celulares acabou "devorando" quase toda a atenção humana, cf. WU, T. *The attention merchant: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Vintage Books, 2016.

⁶⁶⁵ WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 11, 2017; e NEWMAN, J. M. Antitrust in attention markets: objections and responses. *Santa Clara Law Review*, v. 59, n. 3, pp. 746–747, 2020.

⁶⁶⁶ EVANS, D. S. Attention rivalry among online platforms. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, pp. 17–18, 2013.

transações baseadas em dados, os custos de atenção sinalizam trocas de mercado nas interações dos usuários com as plataformas, afastando qualquer imunidade antitruste⁶⁶⁷.

Assim, considerando essas relações de troca, é plenamente compatível com o próprio espírito da intervenção antitruste dizer que – não a existência de preços – mas a existência de um plano de negócios orientado para objetivos econômicos ou a existência de uma estratégia comercial global deve ser o critério decisivo para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência às plataformas.

O reconhecimento de que há custos econômicos não negligenciáveis envolvidos na oferta dos serviços digitais pelas plataformas é apenas o primeiro passo para a reconstrução da moldura antitruste nas investigações de plataformas digitais. Cabe, ainda, desvendar os riscos de comprometimento do bem-estar econômico que podem ser apreendidos pelas autoridades quando examinam uma conduta ou um ato de concentração em um mercado digital de preço zero.

2. Dano antitruste nos mercados digitais: separando a inovação dos demais fatores de qualidade

A emergência de plataformas digitais de preço zero tensiona a noção tradicional de a adoção de práticas anticompetitivas prejudicar o bem-estar do consumidor ao aumentar preços ou diminuir os níveis de oferta. Embora a ausência de preços nas trocas econômicas com as plataformas não preclua a intervenção antitruste tal como demonstrado, não é óbvio delimitar o resultado do processo competitivo – no sentido de *policy outcomes* – que deve ser tutelado na intervenção antitruste em mercados digitais.

A necessidade de atualização da noção de abuso de poder econômico que legitima a intervenção antitruste tem sido objeto de intensas controvérsias. Em especial, tem-se debatido intensamente em que medida a proeminência dos modelos de negócios de preço zero requer o abandono do critério de *consumer welfare* como valor normativo de intervenção antitruste.

Para os fins desta tese, defendemos que o paradigma de *consumer welfare* comporta a instrumentalização da política antitruste para a proteção de outros resultados (*outcomes*) além da manutenção de preços baixos ou da manutenção de níveis elevados de oferta. Nesse aspecto, as limitações do critério de *consumer welfare* são de natureza prática – dada a tradicional dependência das agências antitruste em relação às ferramentas econômicas neoclássicas – e não de natureza jurídica ou conceitual.

⁶⁶⁷ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 169–172, 2015.

A conservação do *consumer welfare* como valor orientativo da intervenção antitruste em plataformas digitais, no entanto, requer que se compreenda como a concorrência pode ser restringida em dimensões não relacionadas a preço. Nesse sentido, têm adquirido proeminência diversas propostas de reorientação da política antitruste para a defesa de valores como privacidade, qualidade, liberdade de escolha dos usuários e, principalmente, inovação.

Para os fins desta tese, reputa-se oportuno discutir criticamente três abordagens alternativas de abuso de poder econômico para plataformas digitais que têm sido desenvolvidas na literatura, quais sejam as abordagens de imposição unilateral de custos não monetários (item 2.1); de degradação da privacidade (item 2.2.1) e de aumento da exposição dos usuários a anúncios intrusivos (item 2.2.2). De forma não surpreendente, nenhuma das três alternativas apresenta-se isenta de problemas, seja quanto à sua consistência teórica interna, seja quanto à utilidade prática para o *enforcement* antitruste. O reconhecimento dessas fragilidades pavimenta o caminho da proposta central deste Capítulo, qual seja a necessidade de reconceptualizar o poder de mercado antitruste das plataformas digitais em torno dos prejuízos à inovação (item 2.3).

2.1. Imposição unilateral de custos não monetários

A tese de que há mercados antitruste que operam sob trocas a preço zero desvenda que o dinheiro, ou a moeda, é apenas um meio de troca, dentre outros possíveis, que sinaliza a existência de uma atividade econômica organizada orientada ao lucro⁶⁶⁸. Partindo desse *insight*, uma forma relativamente intuitiva de superar os desafios trazidos pelas relações de preço zero poderia consistir em simplesmente modificar a unidade "preço" utilizada nos modelos econômicos de bem-estar social e nas diversas etapas de análise antitruste (*e.g.* definições de mercado relevante), implementando-se, em seu lugar, outras métricas quantitativas que simbolizassem os custos de informação e de atenção.

Esse é o mote de propostas apresentadas por autores como NEWMAN⁶⁶⁹, EBEN⁶⁷⁰, WU⁶⁷¹, LIANOS E ECONOMIDES⁶⁷², que recomendam adaptações no juízo de poder de mercado com foco nos

⁶⁶⁸ Vide item 1.2 deste Capítulo.

⁶⁶⁹ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, v. 94, n. 1, 2016 (argumenta-se que "*the classic 'control prices or exclude competition' framework for evaluating market power should likewise evolve to reflect the centrality of information and attention costs in zero-price markets*"); e NEWMAN, J. M. Antitrust in attention markets: objections and responses. *Santa Clara Law Review*, v. 59, n. 3, pp. 743–769, 2020 (adapta-se a análise de poder de mercado focada em custos para a lógica de custos de atenção).

⁶⁷⁰ EBEN, M. A. K. *Addressing the main hurdles of product market definition for online services: products, price, and dynamic competition*. 389 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - The University of Leeds, 2019. pp. 223–252; e EBEN, M. A. K. Market definition and free online services: the prospect of personal data as price. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 14, n. 2, pp. 221–275, 2018 (em ambos os estudos, a autora defende a possibilidade de identificarem dados pessoais transacionáveis, como preço, de maneira a utilizar as respostas a aumentos de coleta de dados pessoais na análise da substitutibilidade da demanda).

custos envolvidos em transações baseadas em dados ou atenção. As sugestões desses autores são demonstradas nesta tese como um *cluster* uniforme porque, na nossa visão, todas elas abordam as transferências de dados e atenção em plataformas digitais a partir das lentes das teorias de falhas de mercado tradicionalmente empregadas no antitruste.

Esses estudos herdam premissas importantes da teoria econômica sobre privacidade, no sentido de apontar que os usuários enfrentam um *trade-off* entre renunciar à sua privacidade – aqui entendida como controle das informações pessoais⁶⁷³ – e obter os benefícios do acesso ao produto ou serviço⁶⁷⁴. Nessa lógica, uma transação econômica baseada em dados entre os usuários e as plataformas idealmente só ocorre quando o consumidor é remunerado de forma satisfatória pelos potenciais custos envolvidos na mitigação da sua privacidade, custos esses que estão diretamente associados aos riscos de exposição dos dados a terceiros mal-intencionados⁶⁷⁵.

Nesse cenário, a decisão do usuário de dar acesso às suas informações pode ser entendida como o resultado de uma avaliação interna dos custos e riscos envolvidos na exposição das suas informações pessoais⁶⁷⁶. Presume-se, assim, que os usuários são capazes de racionalmente atribuir um valor econômico aos seus dados, de forma que, ao "gastar" mais dados ou atenção em uma plataforma do que em outra, o consumidor estaria sinalizando suas preferências a partir de uma verdadeira análise de custo-benefício⁶⁷⁷.

Nesse contexto de relação de mercado, há possibilidade de o comportamento das grandes plataformas desviar-se daquele esperado em um contexto de concorrência perfeita. Nesse paradigma, como se sabe, uma das presunções básicas estabelece que os ofertantes são meros tomadores de preço. Em um cenário ideal, portanto, os usuários das plataformas tenderiam a optar pelas ofertas que lhes trouxessem maior remuneração por seus dados e sua atenção.

⁶⁷¹ WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1, 2019. (propõe-se uma medição da substitutibilidade da demanda a partir da *attentional version of SSNIP test*).

⁶⁷² ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 1, n. 1, pp. 1–74, 2020.

⁶⁷³ Para os fins desta tese, privacidade pode ser entendida no sentido de controle e salvaguarda das informações pessoais, cf. SOLOVE, D. J. Conceptualizing privacy. *California Law Review*, v. 90, n. 1, pp. 1087–1156, 2005.

⁶⁷⁴ Tal premissa é largamente aceita na literatura econômica sobre privacidade: cf. FARRELL, J. Can privacy be just another good? *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 10, pp. 251–265, 2012; FULLER, C. S. Privacy law as price control. *European Journal of Law and Economics*, 2017; e SPIEKERMANN, S.; KORUNOVSKA, J. Towards a value theory for personal data. *Journal of Information Technology*, p. 2, 2016 ("scholars suggest that people run through a privacy calculus in which they consciously weigh the benefits of disclosing Personal Data against privacy costs").

⁶⁷⁵ ACQUISTI, A.; TAYLOR, C.; WAGMAN, L. The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54, p. 445, 2016; e FULLER, C. S. Privacy law as price control. *European Journal of Law and Economics*, pp. 5–6, 2017.

⁶⁷⁶ HOOFNAGLE, C. J.; WHITTINGTON, J. Free: accounting for the costs of the internet's most popular price. *UCLA Law Review*, v. 606, p. 637, 2014.

⁶⁷⁷ EBEN, M. A. K. *Addressing the main hurdles of product market definition for online services: products, price, and dynamic competition*. 389 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - The University of Leeds, 2019. p. 225.

Na ausência de pressões competitivas, porém, as plataformas digitais podem exercer poder de mercado de maneira muito particular: em vez de fixarem preços de monopólio, elas podem exigir quantitativamente mais dados, de sorte que os custos em que os consumidores incorreriam nas trocas de preço zero aumentariam e possivelmente não seriam adequadamente compensados pelo conteúdo fornecido pela plataforma dominante. De forma clara, essa situação factual marcaria o exercício do poder de mercado: a capacidade de impor unilateralmente e, de forma lucrativa, aumentos significativos e não transitórios de custos⁶⁷⁸.

Tal capacidade de impor aumentos de custos torna-se mais crítica quando grandes plataformas se beneficiam de efeitos de rede e economias de escala. Quanto mais dados a plataforma detiver previamente, menor será a utilidade marginal das informações concedidas por um usuário adicional à plataforma, de modo que ela estará menos disposta a compensar os usuários. Isso demonstra que essa forma de exercer o poder de mercado pode ser reforçada pelas características econômicas das plataformas digitais apresentadas no Capítulo 2.

Essas compreensões sobre o poder de mercado iluminam novos gêneros de teorias do dano. Em especial, destacam-se os riscos de as plataformas digitais dominantes imprimirem reduções da oferta de conteúdos digitais a um patamar subcompetitivo, diminuindo quantitativamente o acesso a conteúdos digitais⁶⁷⁹ ou, ainda, os riscos de os consumidores terem de se submeter a termos de uso e condições de tratamento de seus dados que se revelem discriminatórios⁶⁸⁰.

Ao se remeter o foco da intervenção antitruste para o controle de custos, a natureza do possível dano antitruste nas relações de preço zero torna-se assim facilmente compreensível. A ação dos agentes dominantes poderá resultar em um cenário em que dados e atenção não são satisfatoriamente compensados em uma lógica racional econômica. Estaríamos a falar, portanto, do mesmo "inimigo" que a política antitruste tradicionalmente tem como alvo: a ineficiência alocativa que se traduz em uma perda de peso morto.

Sem deslegitimar a utilidade dessas propostas, no entanto, a posição que defendemos nesta tese é de que a identificação do poder de mercado como capacidade de imposição unilateral de

⁶⁷⁸ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, v. 94, n. 1, pp. 71–72, 2016. ("instead of raising prices to consumers, a dominant firm may be more likely to increase information costs, attention costs, or both"). De certa maneira, essa abordagem alternativa de poder de mercado também é referenciada em CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: 2020; p. 8; e FURMAN, J. et al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 42.

⁶⁷⁹ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, v. 94, n. 1, p. 58, 2016; e PEITZ, M. Economic policy for digital attention intermediaries. *ZEW Discussion Paper*, v. 20–035, n. 20, pp. 34–35, 2020.

⁶⁸⁰ ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 1, n. 1, pp. 42–46, 2020; e BOURREAU, M.; DE STREEL, A.; GRAEF, I. Big data and competition policy: market power, personalised pricing and advertising. *SSRN Electronic Journal*, v. 32, pp. 41–45, fev. 2018.

custos encontra diversas dificuldades, tanto sob a ótica normativa quanto prática na atuação das autoridades antitruste.

Do ponto de vista normativo, os obstáculos que surgem parecem ser dificilmente superáveis. Em primeiro lugar, quando se realiza um juízo de poder de mercado, sempre está se fazendo um prognóstico de distanciamento da situação real em relação a um parâmetro contrafactual eleito⁶⁸¹. Se é a variância – o delta – entre o real e o ideal que configura o juízo do poder de mercado, assume extrema relevância para a análise de poder de mercado digital a identificação desse contrafactual.

Na ortodoxia do pensamento antitruste, referido parâmetro geralmente coincide com a situação de equilíbrio do modelo de concorrência perfeita. Os estudos acima examinados, todavia, não desvendam com profundidade qual seria exatamente o estado contrafactual em que os custos de dados e atenção estariam plenamente satisfeitos. Nesse aspecto, a mera referência a um estado de competição ideal dificilmente será uma opção prática para mercados de plataformas digitais, em que as assimetrias de informações são bastante significativas, e o viés comportamental dos usuários exerce papel relevante. Tais fatores fazem com que os modelos de custos apresentados acima incorram em uma dificuldade deontológica⁶⁸².

Em segundo lugar, embora, em um plano teórico, a equiparação dos dados a uma moeda de troca seja uma chave-interpretativa importante para a política antitruste, em termos práticos, há diversos fatores que distanciam o comportamento dos usuários nos mercados baseados em dados do *standard* do modelo econômico neoclássico que podem ser caracterizados como verdadeiras falhas de mercado⁶⁸³. Os dados pessoais como ativos econômicos representam bens altamente heterogêneos. O valor da informação atrelada a cada dado pode variar em função das potenciais finalidades do tratamento do dado buscado pela plataforma – que, via de regra, são desconhecidas pelo usuário –, da possibilidade de esse dado ser combinado com informações obtidas por outros meios não voluntários de coleta e do tempo em que a coleta é realizada⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ CRANE, D. A. Market power without market definition. *Notre Dame Law Review*, v. 90, n. 1, p. 37, 2014 ("market power thus entails an implicit reference to an undefined alternative state in which the market functions more competitively").

⁶⁸² Uma importante crítica nesse sentido é desenvolvida em LIANOS, I.; CARBALLA, B. Economic power and new business models in competition law and economics: ontology and new metrics. *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series: 3/2021*, v. 1, n. 1, pp. 9–11, 2021.

⁶⁸³ HOOFNAGLE, C. J.; WHITTINGTON, J. Free: accounting for the costs of the internet's most popular price. *UCLA Law Review*, v. 606, pp. 606–670, 2014; e HIRSCH, D. D. The law and policy of online privacy: regulation, self-regulation, or co-regulation? *Seattle University Law Review*, v. 669, n. 1999, pp. 455–457, 2011 (aponta as falhas de mercado nas transações baseadas em dados).

⁶⁸⁴ HIRSCH, D. D. The law and policy of online privacy: regulation, self-regulation, or co-regulation? *Seattle University Law Review*, v. 669, n. 1999, p. 455, 2011; e ACQUISTI, A.; TAYLOR, C.; WAGMAN, L. The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54, p. 447, 2016.

Além disso, a atuação dos usuários nesses mercados é afetada por padrões limitadores da racionalidade econômica⁶⁸⁵. Em vez de atuarem estritamente no sentido da maximização da utilidade marginal, os consumidores de mercados a preço zero comumente não estão cientes da escassez e do valor dos seus dados, gerando uma atuação de consumo excessivo e ineficiente de serviços ofertados pelas plataformas, fenômeno conhecido na teoria econômica comportamental como o *free-effect*⁶⁸⁶.

Por fim, há uma percepção dúbia sobre a propensão dos usuários de concederem acesso aos seus dados ante os riscos à sua privacidade. Tornou-se comum na literatura sobre o tema a identificação do "paradoxo da privacidade", segundo o qual a grande maioria dos consumidores, mesmo aqueles que identificam preocupações com a exposição dos seus dados, tendem a permitir o acesso às suas informações em troca de serviços pouco valorosos, se essa recompensa for dada de forma imediata⁶⁸⁷.

Mesmo que estudos mais recentes questionem a existência desse paradoxo em termos de vieses e preconceitos que distorcem o comportamento racional do usuário⁶⁸⁸, certamente há consideráveis impasses no gerenciamento do risco da privacidade nas transações econômicas. Devido a todas essas assimetrias de informações, há dificuldades significativas em se internalizarem os custos de privacidade em uma teoria antitruste aplicada de preços.

Em decorrência disso, não há clareza na literatura quanto à melhor forma de mensurarem os riscos de exposição para os agentes econômicos envolvidos nas trocas com as plataformas⁶⁸⁹. Devido às dificuldades de se submeterem as trocas de dados à métrica de preços, a literatura antitruste majoritária tende a remeter a identificação dos custos de privacidade ao exame da dimensão de qualidade da concorrência, consoante será apresentado em seguida.

⁶⁸⁵ ACQUISTI, A.; GROSSKLAGS, J. What can behavioral economics teach us about privacy? In: ACQUISTI, A. et al. *Digital privacy: theory, technologies and practices*. Boca Raton: Auerbach Publications, 2008. pp. 368–372.

⁶⁸⁶ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 2, pp. 528–531, 2016.

⁶⁸⁷ NORBERG, P. A.; HORNE, D. R.; HORNE, D. A. The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. *The Journal of Consumer Affairs*, v. 41, n. 1, p. 101, 2007 (argumenta que "*actual marketplace behavior anecdotally suggest that people are less than selective and often cavalier in the protection of their own data profile*").

⁶⁸⁸ SOLOVE, D. J. The myth of the privacy paradox. *GW Legal Studies Research Paper No. 2020-10*, v. 1, n. 20, pp. 1–46, 2020.

⁶⁸⁹ ACQUISTI, A.; TAYLOR, C.; WAGMAN, L. The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54, p. 447, 2016. Além disso, estudos recentes têm sugerido que o valor que os indivíduos atribuem aos dados dependem de fatores difusos, como o senso psicológico da detenção das suas informações, a percepção do usuário sobre a organização do mercado em termos de portabilidade e controle dos dados e a própria percepção de moralidade dos atores do mercado (PIEKERMANN, S.; KORUNOVSKA, J. Towards a value theory for personal data. *Journal of Information Technology*, pp. 1–23, 2016).

2.2. Deterioração da qualidade como guarda-chuva dos parâmetros não relacionados a preço

As propostas de ressignificação normativa do conceito legal de poder de mercado que mais têm adquirido notoriedade nas discussões sobre economia digital propõem o deslocamento do foco da intervenção antitruste do fator preço para outros fatores de competição aglutinados na dimensão qualidade⁶⁹⁰.

A rigor, não é propriamente novo o entendimento de que os consumidores podem ser prejudicados por condutas de agentes dominantes ou mesmo concentrações de mercado que gerem uma deterioração de fatores não relacionados a preços⁶⁹¹. A Comissão Europeia há muito reconhece que um exercício de poder de mercado pode se referir à capacidade de uma ou mais empresas de "reduzir a produção, a escolha ou a qualidade de bens e serviços, diminuir a inovação ou, de outra forma, influenciar negativamente os parâmetros da competição"⁶⁹².

No direito brasileiro, a Lei de Defesa da Concorrência expressamente acolhe a qualidade como um fator relevante, tendo em vista que, nos termos da alínea "b" do inciso I do § 6º do art. 88 do diploma legal, o CADE pode autorizar fusões que, mesmo gerando uma eliminação de parte substancial da competição em determinado mercado, melhoram a qualidade de bens e serviços⁶⁹³.

Além disso, o fator qualidade é abordado expressamente como elemento compositivo da análise antitruste de estruturas no *Guia de análise de atos de concentração horizontal*⁶⁹⁴. Ademais, destaca-se que, em julgado recente que envolvia entidades privadas de ensino superior, o CADE invocou como argumentos complementares para reprovar a operação as alegações de que a fusão poderia ter impactos "metaeconômicos", tais como a homogeneização da educação superior no país e a diminuição da *performance* dos alunos em exames oficiais⁶⁹⁵.

É seguro afirmar que as autoridades de defesa da concorrência, de fato, concordam que o bem-estar do consumidor pode ser negativamente afetado por reduções da qualidade dos produtos,

⁶⁹⁰ Para teorizações gerais sobre a concorrência por qualidade na literatura, cf. STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, pp. 285–290, 2018; RUBINFELD, D. L.; GAL, M. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 2, pp. 521–562, 2016; e MÄIHÄNIEMI, B. *Competition law and big data: imposing access to information in digital markets*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020. pp. 31-33.

⁶⁹¹ GERADIN, D. *et. al.* The concept of dominance in EC competition law. *Global Competition Law Centre Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, p. 5, 2005 ("a definition of substantial market power should also encompass the ability to lower quality or reduce the pace of innovation").

⁶⁹² OCDE. The role and measurement of quality in competition analysis. *OCDE Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p. 78, 2013.

⁶⁹³ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

⁶⁹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. 2016. p. 8 ("entre os efeitos negativos de uma concentração, por um lado, é possível mencionar os seguintes: [...] diminuição da quantidade, de qualidade e/ou de variedade de produtos ou serviços a um dado preço").

⁶⁹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.001020/2014-26 (*Kroton Educacional S.A e Estácio Participações S.A.*). Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (SEI nº 0356426). 2017. § 12 e § 13.

da mesma forma como ocorre quando há aumentos de preços⁶⁹⁶. A influência histórica da teoria marginalista, no entanto, fez com que poucas molduras analíticas tenham sido desenvolvidas para a concorrência em dimensões não preço para o controle de condutas⁶⁹⁷. Essa carência é amplamente diagnosticada na literatura⁶⁹⁸. À exceção de poucos estudos sobre os efeitos de restrições dessa natureza em práticas colusivas⁶⁹⁹, as teorias do dano mais robustas sobre restrições à qualidade ficaram quase absolutamente restritas ao campo do controle de estruturas⁷⁰⁰.

As dificuldades de implementação de uma análise antitruste com foco em qualidade se devem, em primeiro lugar, ao caráter amplo desse conceito. Em importante estudo da OCDE, estabeleceu-se que a qualidade é um fator multidimensional que designa uma "gama de características do produto, além do preço, que afetam o seu valor para os consumidores", *e.g.* "funcionalidade, durabilidade, confiabilidade, conveniência dos locais de compra, *design* ou apelo estético, desempenho e segurança" (traduções livres)⁷⁰¹. Nesse sentido, seria abrangido por essa definição qualquer aspecto do produto não relacionado a preço que, de alguma maneira, fosse capaz de interferir nas forças de oferta e de demanda.

Assim, há dificuldades consideráveis em se fazer uma avaliação objetiva da dimensão qualidade. A percepção desse fator pelo consumidor frequentemente perpassa a apreciação conjunta de diversos aspectos do produto – *e.g.* associações entre marca, desempenho ou uma combinação de diversas características⁷⁰². Além disso, existe um profundo elemento subjetivo quando se investiga se determinado produto pode ou não ser considerado melhor do que outro disponível no mercado relevante pelo mesmo preço⁷⁰³. Isso faz com que haja um notável problema de mensurabilidade desse parâmetro de concorrência.

⁶⁹⁶ OCDE. The role and measurement of quality in competition analysis. *OCDE Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p. 5, 2013; e MANCINI, J. *Considering non-price effects in merger control*. Paris: OCDE, 2018. p. 28.

⁶⁹⁷ GINSBURG, D. H. Nonprice competition. *Antitrust Bulletin*, v. 83, n. 1, p. 83, 1993, p. 83 (denuncia que "*the role of nonprice competition has not received enough attention in antitrust analysis*"); e JUST, N. Governing online platforms: competition policy in times of platformization. *Telecommunications Policy*, v. 42, n. 5, p. 389, 2018 ("*non-price competition has been an analytical stepchild in economics with little impact on competition enforcement*").

⁶⁹⁸ OCDE. The role and measurement of quality in competition analysis. *OCDE Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p. 157, 2013.

⁶⁹⁹ BLAIR, R. D.; DURRANCE, C. Restraints on quality competition. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 10, n. 1, pp. 27–46, 2013 (propõe uma visão geral dos efeitos de restrições de qualidade em condutas colusivas).

⁷⁰⁰ Por todos, cf. OFT. *Competing on quality: literature review*. Londres: 2014; e MANCINI, J. *Considering non-price effects in merger control*. Paris: OCDE, 2018.

⁷⁰¹ OCDE. The role and measurement of quality in competition analysis. *OECD Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p. 6, 2013.

⁷⁰² OFT. *Competing on quality: literature review*. Londres: 2014. p. 31 ("*the quality of a product often develops along multiple characteristics*").

⁷⁰³ EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. The curious case of competition and quality. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 3, p. 229, 2015; e BLAIR, R. D.; DURRANCE, C. Restraints on quality competition. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 10, n. 1, p. 29, 2013.

Para atenuar os problemas de delimitação conceitual e de mensuração dos aspectos qualitativos dos produtos, tornou-se comum na literatura a tentativa de desdobrar o conceito de qualidade nos subgêneros de diferenciação vertical e horizontal. Na diferenciação vertical, considera-se que a dimensão qualidade abrangeria características que consumidores objetivamente concordam em valorar positivamente a preços iguais – *e.g.* durabilidade e eficiência. Por sua vez, na diferenciação horizontal, a percepção de qualidade do produto depende de preferências individuais dos consumidores, de maneira que a existência de uma variedade de produtos é percebida como socialmente desejável⁷⁰⁴.

Apesar de, na prática, ser muito tênue a linha que separa os dois tipos de diferenciação, essas categorizações têm, de fato, algum potencial didático. Elas sugerem que a intervenção antitruste deve se importar tanto com o valor atrativo de determinado aspecto do produto quanto com a multiplicidade de opções disponíveis.

No entanto, mesmo quando se consegue superar o árduo desafio de delimitar e mensurar o parâmetro qualidade, a construção de teorias do dano pode ser frequentemente inviabilizada pelo fato de serem altamente controversas as relações que se estabelecem entre as mudanças nos níveis de concorrência e o equilíbrio entre preços e qualidade.

Uma revisão atenta da literatura econômica demonstra que, quando o preço é uma variável endógena do mercado, ou seja, é formado pelas próprias forças de oferta e demanda em vez de ser regulado, são bastante ambíguas as conclusões sobre como a pressão competitiva molda a qualidade da oferta⁷⁰⁵. Em importante artigo sobre o tema, EZRACHI E STUCKE sustentam que, diante de todas as incertezas que permeiam a análise antitruste focada em qualidade, as autoridades em geral adotam duas heurísticas básicas: (i) a ideia de que maiores níveis de concorrência induzem maiores níveis de qualidade a dado preço; e (ii) a ideia de que os consumidores sopesarão as ofertas usando métricas internas de preço e qualidade⁷⁰⁶.

Embora essas duas heurísticas sejam realmente bastante intuitivas, elas só se fazem verdadeiras sob condições específicas em que os consumidores são capazes de avaliar com precisão as diferenças de qualidade dos produtos e quando os próprios produtores conseguem transmitir precisamente aos consumidores as diferenças inerentes de qualidade deles⁷⁰⁷. No mundo real, as empresas podem frequentemente tentar tirar proveito da incapacidade de os consumidores

⁷⁰⁴ OCDE. The role and measurement of quality in competition analysis. *OCDE Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p. 6, 2013.

⁷⁰⁵ Para uma profunda revisão dos modelos econômicos de competição em qualidade com diferenciação vertical e horizontal, cf. OFT. *Competing on quality: literature review*. Londres: 2014. pp. 41–65.

⁷⁰⁶ EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. The curious case of competition and quality. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 3, p. 247, 2015.

⁷⁰⁷ EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. The curious case of competition and quality. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 3, pp. 250–252, 2015.

discernirem plenamente os melhores produtos, seja aumentando os custos de pesquisa e avaliação dos consumidores, seja seletivamente investindo apenas nos aspectos de qualidade mais aparentes⁷⁰⁸.

No campo das discussões sobre a política de defesa da concorrência na economia digital, os diversos trabalhos acadêmicos e relatórios abordados nesta tese têm endereçado teorias do dano que focam em dimensões qualitativas específicas da oferta – *e.g.* privacidade, segurança, relevância e utilidade de anúncios e inovação⁷⁰⁹. Entretanto, ao nosso ver, os referidos estudos, em sua maioria, se revelam insuficientes por buscarem prescrições normativas para a política de concorrência que visam a proteger, ao mesmo tempo, todos os fatores não relacionados a preço. Entendemos que esse tratamento "conglobante" das múltiplas dimensões de qualidade na concorrência entre plataformas digitais é inadequado, sobretudo porque desconsidera os *trade-offs* estabelecidos entre os diversos fatores não relacionados a preço.

Para fugir do tratamento universal das dimensões de qualidade, a seguir, será brevemente discutido como os principais aspectos da concorrência entre plataformas digitais podem ser endereçados na intervenção antitruste.

2.2.1. Degradação da privacidade

Um segundo aspecto qualitativo da competição entre plataformas digitais que adquire relevância para a intervenção antitruste é o nível de privacidade atrelado aos serviços ofertados por uma plataforma. Sem embargos das controvérsias conceituais existentes no âmbito acadêmico⁷¹⁰, o termo "privacidade" é majoritariamente utilizado na literatura antitruste para se referir ao nível de controle que os consumidores detêm sobre suas informações pessoais⁷¹¹. Nesse sentido, a expressão designa a capacidade de os usuários controlarem ou restringirem os dados que são coletados pelas plataformas e, principalmente, sob quais condições e salvaguardas de autorização e para quais finalidades essa coleta poderá ser realizada.

⁷⁰⁸ EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. The curious case of competition and quality. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 3, pp. 247–248, 2015.

⁷⁰⁹ MANCINI, J.; VOLPIN, C. Quality considerations in digital zero-price markets. *OECD Background Paper DAF/COMP(2018)14*, pp. 6–7, 2018; STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 58–65; e FURMAN, J. *et. al.* *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. pp. 43–44.

⁷¹⁰ SOLOVE, D. J. Conceptualizing privacy conceptualizing privacy. *California Law Review*, v. 90, n. 1, pp. 1087–1156, 2005.

⁷¹¹ MANCINI, J.; VOLPIN, C. Quality considerations in digital zero-price markets. *OECD Background Paper DAF/COMP(2018)14*, p. 19, 2018.

Há um consenso emergente entre as autoridades antitruste estrangeiras de que a intervenção antitruste deve se importar com a proteção da privacidade em mercados digitais⁷¹². Esse tratamento da privacidade na chave-interpretativa da qualidade, por sua vez, rejeita a ideia de que esse valor poderia ser visto como um mero produto ou insumo da relação econômica com as plataformas digitais⁷¹³.

Em vez de enxergarem a privacidade como uma *commodity* racionalmente transacionável, estudos mais recentes têm proposto uma verdadeira revisitação dos laços normativos entre o direito da concorrência e o direito de proteção de dados para sustentar que, embora tenham âmbitos de aplicação distintos, esses regimes compartilham objetivos comuns de promoção do bem-estar dos indivíduos e de enfrentamento das assimetrias de poder estabelecidas entre consumidores e empresas⁷¹⁴.

Diante dessa convergência parcial de finalidades, entende-se que, mesmo que uma ilegalidade sob o prisma da lei de proteção de dados não necessariamente defina uma violação antitruste⁷¹⁵, as leis de defesa da concorrência podem ser utilizadas no contexto da economia digital para endereçar falhas de mercado relacionadas ao uso indevido de dados⁷¹⁶.

Esses diálogos entre concorrência e privacidade se intensificaram nos últimos anos, no âmbito da FTC e da Comissão Europeia, a partir da análise de fusões entre grandes empresas de internet, como verificado nos casos *Google/DoubleClick*, *Facebook/WhatsApp*, *Microsoft/LinkedIn* e, mais recentemente, nos casos *Apple/Shazam* e *Google/FitBit*. Paralelamente, no campo do controle de condutas, as discussões sobre privacidade foram aprofundadas no famoso caso *Facebook vs. Bundeskartellamt*, na Alemanha.

⁷¹² WASASTJERNA, M. *Competition, data and privacy in the digital economy: towards a privacy dimension in competition policy?* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020. pp. 118–122 (demonstra a emergência de um consenso entre academia e autoridades de defesa da concorrência sobre a importância da privacidade na política de concorrência aplicada à economia digital); e DOUGLAS, E. M. The new antitrust/data privacy law interface. *The Yale Law Journal Forum*, v. 2280, n. 1, pp. 154–55, 2021 (sustenta que, atualmente, o DoJ, a FTC e a Comissão Europeia adotam uma leitura "integracionista" da privacidade como um elemento da concorrência baseada em qualidade).

⁷¹³ PASQUALE, F. Privacy, antitrust and power. *George Mason Law Review*, v. 20, n. 4, p. 1016, 2013 (rejeita as teorias econômicas da privacidade ao defender que "when a service collects information about a user, the situation is so far from the usual arm's-length market transaction that transactional approaches can only be misleading").

⁷¹⁴ A convergência dos regimes jurídicos em torno desses dois valores é ressaltada em COSTA-CABRAL, F.; LYNSKEY, O. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review*, v. 54, n. 1, pp. 21–22, 2017 ("data protection and competition law are therefore distinct but intertwined fields of law that share several normative concerns"); e WASASTJERNA, M. *Competition, data and privacy in the digital economy: towards a privacy dimension in competition policy?* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020. p. 139 ("both systems seek to protect the welfare of the individual and overcome power asymmetries").

⁷¹⁵ Ao nosso ver, a literatura majoritária não suporta a tese de que uma violação das leis de proteção de dados configuraria automaticamente uma violação às leis de defesa da concorrência.

⁷¹⁶ ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 1, n. 1, pp. 1–74, 2020 (argumenta que, embora o direito da concorrência se diferencie do direito de proteção de dados por não trabalhar com uma moldura interpretativa de violação de direitos individuais, "the adoption of a market failure approach may arguably provide the common intellectual foundations required for the assessment of harms associated with the exploitation of personal data").

Embora não seja o objetivo desta tese abordar em profundidade os casos listados acima, é relevante desvendar a noção conceitual de abuso de posição dominante presumida nas discussões sobre antitruste e privacidade. Investigando a questão sob esse prisma, constatamos que a internalização das preocupações com privacidade tem ocorrido principalmente sob o enfoque de teorias de abusos por exploração, isto é, abusos que prejudicam diretamente os consumidores por meio de cláusulas contratuais injustas.

As teorias do dano de privacidade, inicialmente desenvolvidas para o controle de fusões e hoje expandidas para o controle de condutas, sugerem que um aumento da concentração dos mercados digitais pode resultar em prejuízos ao bem-estar dos consumidores se os indivíduos passarem a ser submetidos a níveis de privacidade menos protetivos nas ofertas de produtos e serviços⁷¹⁷. Nessa lógica, existe uma preocupação de a concentração de poder econômico – que tradicionalmente é o foco de preocupações do antitruste – aumentar também a capacidade de as *big techs* "cobrarem" uma quantidade excessiva de dados pelo uso dos serviços ou, alternativamente, de imporem condições de uso não transparentes ou "injustas" do ponto de vista do regime de proteção de dados⁷¹⁸.

De forma concreta, passou a ser contemplada a hipótese de que, em um cenário pós-fusão, as empresas fusionadas passariam a coletar uma quantidade significativamente maior de dados dos consumidores ou poderiam combinar seus bancos de dados pré-existentes para empregá-los em atividades de tratamento de dados diversas daquelas consentidas pelos usuários⁷¹⁹.

Esses riscos foram debatidos principalmente no contexto da fusão *Google/DoubleClick*, examinada pela FTC no final da década passada. No caso, em seu depoimento, SWIRE⁷²⁰ levantou a hipótese de que, em um cenário pós-fusão, o *Google* provavelmente ofereceria aos consumidores o mesmo serviço de ferramenta de busca *online*, no entanto, com níveis de instrução mais elevados, uma vez que a capacidade de rastreamento das atividades dos usuários nas páginas seria maior, e a

⁷¹⁷ EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. p. 18 ("in the absence of genuine competitive threats, dominant firms offer fewer privacy protections than they otherwise would, and the quality of these services has deteriorated over time"); ESAYAS, S. Y. Competition in (data) privacy: 'zero'-price markets, market power, and the role of competition law. *International Data Privacy Law*, v. 8, n. 3, p. 181, 2018 ("market power may be exerted by reducing the level of data privacy"). Ressaltando o poder de mercado sobre privacidade como a capacidade de impor condições contratuais dissociadas das preferências dos consumidores, cf. COSTA-CABRAL, F.; LYNSKEY, O. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review*, v. 54, n. 1, p. 22, 2017.

⁷¹⁸ ESAYAS, S. Privacy as a non-price competition parameter: theories of harm in mergers. *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2018-26*, p. 15, 2018 ("reduction in data privacy could be understood to involve an increase in the amount of personal data demanded or an increase in the use of the data (i.e., usage for purposes other than initially promised)").

⁷¹⁹ MACCARTHY, M. Privacy as a parameter of competition in merger reviews. *Federal Communications Law Journal*, v. 72, n. 1, pp. 22–25, 2020 ("consumer harm can take the form of a post-merger failure to satisfy consumer privacy preferences that were satisfied before the merger").

⁷²⁰ SWIRE, P. Protecting consumers: privacy matters in antitrust analysis. *Center for American Progress*, 2007.

base de dados acumulada pelo *Google* seria também mais robusta⁷²¹. Essa situação denotaria um arrefecimento da qualidade do serviço ofertado, sobretudo para os usuários com preferências de privacidade mais acentuadas. A decisão da FTC, no entanto, não desenvolveu tal argumento.

Os riscos de exploração da privacidade dos usuários foram mais intensamente discutidos no caso *Facebook/WhatsApp*, julgado pela Comissão Europeia em 2014. Nesse precedente, duas preocupações relacionadas à privacidade foram debatidas antes e depois da decisão. Em primeiro lugar, cogitou-se que, em um cenário pós-operação, o *Facebook/WhatsApp* poderia exigir "mais dados" dos usuários do que seria capaz de fazer em um mercado competitivo⁷²². Em segundo lugar, levantou-se a suposição de que a empresa fusionada poderia passar a utilizar as informações dos usuários do *WhatsApp* no mercado de serviços de comunicação pessoal para direcionar os anúncios publicitários do *Facebook* no mercado de redes sociais, o que também configuraria uma redução dos níveis de privacidade⁷²³.

A Comissão Europeia concluiu, no entanto, que, mesmo que a transação aumentasse a concentração de dados controlados pelo *Facebook*, as duas preocupações destacadas acima fugiriam ao escopo do direito da concorrência e se situariam no âmbito do regime legal de proteção de dados⁷²⁴. Tal entendimento ancorou-se principalmente na constatação de que os consumidores que valoravam positivamente a privacidade poderiam optar por outros aplicativos no mercado de serviços de comunicação – *e.g. Telegram* ou *Threema* –, cujo crescimento da base de clientes poderia ocorrer com relativa facilidade em um mercado dinâmico⁷²⁵.

Para além dos casos do controle de estruturas, a abordagem da privacidade como dano de natureza exploratória adquiriu notável destaque no icônico caso *Facebook vs. Bundeskartellamt*⁷²⁶. Partindo de uma análise minuciosa dos termos e das condições de uso da rede social do *Facebook*, a agência alemã concluiu que as cláusulas contratuais que supostamente amparavam a coleta massiva de dados dos usuários a partir de fontes de *websites* e aplicativos de terceiros ou de fora do

⁷²¹ SWIRE, P. Protecting consumers: privacy matters in antitrust analysis. *Center for American Progress*, 2007. ("after the merger, doing a search or doing other survey may carry with it a significantly higher level of tracking, in a larger database").

⁷²² STUCKE, M. E.; GRUNES, A. *Big data and competition policy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 170.

⁷²³ OCELLO, E.; SJÖDIN, C.; SUBOČS, A. What's up with merger control in the digital sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case. *Competition Merger Brief*, v. 1, n. 1, p. 6, 2015; e UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Case M.7217 – Facebook/WhatsApp. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, p. 36, 2014. § 168 - § 189.

⁷²⁴ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, p. 36, 2014. § 164 ("any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules").

⁷²⁵ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Case M.7217 – Facebook/WhatsApp. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, p. 36, 2014. § 125.

"universo *Facebook*" estariam em desacordo com o regulamento geral sobre a proteção de dados e o abuso dessa legislação poderia ser considerado verdadeiro *framework* interpretativo para a compreensão do abuso concorrencial⁷²⁷.

Diversos críticos da decisão do *Bundeskartellamt* suscitaram uma possível usurpação da competência das autoridades de proteção de dados para aplicação do regulamento geral sobre a proteção de dados europeu⁷²⁸. A autoridade antitruste, no entanto, defendeu que, embora o *Bundeskartellamt* não seja de fato a autoridade competente nos termos das seções 55 e 56 do referido regulamento, o órgão de defesa da concorrência estaria meramente "aplicando os princípios da lei europeia como indicações importantes para sua avaliação sob a lei de concorrência sobre a conduta de uma empresa dominante ser apropriada" (tradução livre)⁷²⁹.

2.2.2. Aumento da exposição dos usuários a anúncios publicitários

Diversos relatórios recentes advertem que a dominação de plataformas digitais como *Google* e *Facebook* nos mercados de publicidade *online* tem afetado os incentivos à adoção de condutas anticompetitivas exclusionárias em mercados digitais adjacentes – *e.g.* buscas genéricas e redes sociais –, sobretudo no que diz respeito às práticas de autopreferência, discriminação de consumidores e restrições verticais em geral⁷³⁰. Esse diagnóstico informa uma preocupação mais ampla de a concentração de poder econômico nos segmentos de publicidade digital poder prejudicar anunciantes, editores e produtores de conteúdo⁷³¹ e, ainda, os próprios consumidores de produtos nas cadeias de varejo⁷³².

⁷²⁷ Nesse sentido, a agência entendeu que "os termos e condições do *Facebook*, que violam os princípios da lei de proteção de dados e as condições contratuais da empresa que são consideradas abusivas sob os princípios do direito contratual constituem um abuso da Lei de Concorrência, quando há poder de mercado".

⁷²⁸ HAUCAP, J. Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist's view in light of the German Facebook decision. *Competition Policy International*, v. 1, pp. 7–8, fev. 2019.

⁷²⁹ ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS. *Decision under section 32(1) German Competition Act (GWB)*. B6-22/16. p. 204.

⁷³⁰ Nesse sentido, cf. AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Digital platforms inquiry*. Canberra: ACCC Publisher, 2019, p. 119 ("digital platforms with substantial market power have the ability and incentive to engage in leveraging behaviour which may affect competition in advertising and other markets"); CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: 2020. p. 211 ("lack of competition in digital advertising can result in substantial detriment to consumers, through increasing the price of goods and services across the economy, and through undermining the sustainability of news media"); AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Online advertising: development of an ecosystem with strong growth and led by two stakeholders*. 2018; e ARGENTESI, E. *et. al.* Ex-post assessment of merger control decisions in digital markets. *Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority*, maio 2019.

⁷³¹ GERADIN, D.; KATSIFIS, D. "Trust me, I'm fair": analysing Google's latest practices in ad tech from the perspective of EU competition law. *European Competition Journal*, v. 16, n. 1, pp. 11–54, 2020.

⁷³² PRAT, A.; VALLETTI, T. M. Attention oligopoly. *SSRN Electronic Journal*, 2018 (o modelo proposto sugere que o aumento da concentração entre intermediários de atenção gera maiores preços de anúncios e menos oferta de espaços para anunciantes, o que tende a diminuir o bem-estar do consumidor nos próprios mercados dos produtos anunciados).

Naquilo que interessa para este Capítulo, é relevante compreender como a atuação das plataformas digitais simultaneamente na venda de publicidade *online* e na oferta de conteúdos "gratuitos" pode implicar nova conceptualização do poder de mercado exercido em relação aos usuários. Como também examinado no Capítulo 2, nos modelos de plataformas baseados em anúncios, os usuários consomem verdadeiros "pacotes digitais" (*bundles*), os quais são compostos por (i) conteúdos produzidos pela plataforma ou por terceiros; e (ii) por anúncios publicitários direcionados ao consumidor adquiridos por anunciantes do outro lado da plataforma⁷³³.

Considerando que os consumidores estabelecem relações de preferências entre as plataformas digitais a partir da valoração conjunta desses dois elementos – conteúdo e anúncios –, uma maneira de enxergar o exercício de poder de mercado envolve compreender que, na ausência de pressões competitivas, as plataformas digitais podem degradar a qualidade da oferta por meio da formatação de pacotes em que se gera menos valor aos consumidores quando comparados com um estado de equilíbrio concorrencial⁷³⁴.

Essa concepção alternativa de poder de mercado tem sido suscitada principalmente no contexto das discussões sobre a concorrência entre plataformas de atenção ou intermediários de atenção⁷³⁵. Os estudos sobre o tema ressaltam que as plataformas digitais atuam como verdadeiras "corretoras" ou "mercadoras" de atenção, uma vez que elas "adquirem" a atenção produzida pelos usuários em uma espécie de mercado *upstream* e as "revendem" aos anunciantes no mercado *downstream*⁷³⁶.

A rigor, tal lógica de distribuição de anúncios é reproduzida nos modelos de negócios tradicionais de mídia – *e.g.* TV, rádio e jornais⁷³⁷. O grande diferencial das plataformas digitais, no entanto, consiste na capacidade de direcionar a publicidade de forma contextual aos usuários, a partir da análise de seus dados e da valoração de suas preferências, seus interesses e seus históricos recentes de buscas⁷³⁸.

⁷³³ OCDE. Digital advertising markets. *Background note by the Secretariat*. DAF/COMP/WP2(2020)3, v. 2, p. 22, out. 2020.

⁷³⁴ PEITZ, M. Economic policy for digital attention intermediaries. *ZEW Discussion Paper*, v. 20–035, n. 20, pp. 11–12, 2020; STUCKE, M. E.; EZRACHI, A. When competition fails to optimize quality: a look at search engines. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 18, n. 1, 2015; OCDE. Quality considerations in the zero-price economy: note by the European Union. DAF/COMP/WD(2018)135. 2018. p. 7; e OCDE. *Executive summary of the discussion on quality considerations in the zero-price economy*. 2020. p. 3.

⁷³⁵ Para um resumo das principais soluções apresentadas para lidar com o poder de mercado de intermediários de atenção, cf. MONTI, G. Attention intermediaries: regulatory options and their institutional implications. *TILEC Discussion Paper No. DP2020-018*, pp. 0–41, 2020.

⁷³⁶ WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, pp. 16–18, 2019.

⁷³⁷ ANDERSON, S.; COATE, S. Market provision of broadcasting: a welfare analysis. 2005. pp. 947–972.

⁷³⁸ GOLDFARB, A. What is different about online advertising? *Review of Industrial Organization*, v. 44, n. 2, 2014 (argumenta que a principal diferença entre os modelos de publicidade *online* e *offline* consiste na redução exponencial dos custos de direcionamento da publicidade, o que gera repercussões tanto na disposição a pagar dos anunciantes quanto nos custos fixos e marginais assumidos pelo intermediário).

Na sua atuação de "corretora" de atenção, a plataforma toma decisões importantes para definir suas estratégias de precificação, tendo em vista o investimento que deve fazer para ter conteúdos de qualidade que fisguem a atenção, os custos de manutenção do negócio e o quanto ela pode cobrar das empresas pela publicidade direcionada⁷³⁹.

Ao definir a estrutura de preço, o intermediário deve considerar também as relações intercruzadas de demanda entre os diversos grupos de consumidores conectados, avaliando como os consumidores reagiriam a um aumento na quantidade de anúncios⁷⁴⁰.

A literatura econômica assume que, do lado dos anunciantes, a disposição a pagar pelos anúncios está diretamente relacionada à aptidão da plataforma de exibi-los a usuários que estejam propensos a adquirir o produto ou serviço anunciado e que preferencialmente não utilizem outras plataformas de atenção⁷⁴¹. Do outro lado, a demanda dos usuários em relação à plataforma varia tanto em função do conteúdo digital ofertado quanto em função do volume e da utilidade trazida pelos anúncios publicitários que lhes são atrelados⁷⁴².

A forma como os usuários valoram a publicidade, no entanto, é bastante ambígua e depende do contexto do mercado examinado⁷⁴³. Idealmente, os usuários poderiam valorar de forma positiva anúncios que endereçassem seus interesses comerciais e seus padrões de busca contextuais⁷⁴⁴. Nos mercados de ferramentas de buscas *online*, por exemplo, os usuários do *Google* que estiverem buscando informações sobre determinado produto – *e.g.* uma máquina fotográfica – podem ou não se beneficiar de anúncios patrocinados exibidos no topo das páginas de buscas orgânicas⁷⁴⁵.

Em plataformas de *marketplaces* como *Amazon* e *eBay*, compradores e vendedores exercem externalidades de redes positivas entre si, dado que a presença de ambos os grupos agrega valor de

⁷³⁹ WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, pp. 19–21, 2019; e ARGENTESI, E. *et. al.* Ex-post assessment of merger control decisions in digital markets. *Document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority*, maio 2019.

⁷⁴⁰ THÉPOT, F. Market power in online search and social networking: a matter of two-sided markets. *World Competition Law and Economics Review*, v. 36, n. 2, p. 202, 2013. Para uma análise da controvérsia sobre o enquadramento das plataformas de anúncios como plataformas multilados, cf. Capítulo 2.

⁷⁴¹ A literatura econômica tem mostrado que, além de desejar atingir um número maior de visualizações, os anunciantes priorizam plataformas *single-homing*. Sobre esse ponto, cf. AMBRUS, A.; CALVANO, E.; REISIR, M. Either or both competition: a "two-sided" theory of advertising with overlapping viewerships. *American Economic Journal: Microeconomics*, v. 8, n. 3, pp. 189–222, 2016 (mostra que a demanda dos anunciantes depende não apenas do tamanho da audiência, mas também de seu comportamento *single-homing* ou *multi-homing*).

⁷⁴² EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, pp. 9–10, out. 2017.

⁷⁴³ GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. pp. 28–29.

⁷⁴⁴ EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, pp. 9–10, out. 2017.

⁷⁴⁵ Os modelos econômicos de competição entre plataformas de ferramenta de buscas *online*, via de regra, seguem uma abordagem agnóstica quanto à forma como os usuários valoram *links* patrocinados em resultados de buscas. A esse respeito, cf. ARGENTON, C.; PRÜFER, J. Search engine competition with network externalities. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 1, pp. 82–83, 2012 ("we assume that consumers derive neither positive nor negative utility from sponsored links"); e LIANOS, I.; MOTCHENKOVA, E. Market dominance and search quality in the search engine market. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, p. 445, 2013 ("advertisers value the presence of consumers (users), while the externality on the consumers' side maybe positive, null, or negative").

forma recíproca⁷⁴⁶. Em muitos casos, é possível presumir, porém, que, devido às limitações espaciais e temporais dos pacotes formados pelos intermediários, as plataformas tendem a utilizar o mesmo conteúdo para alcançar um número maior de espectadores, os quais são incapazes saber se julgam útil ou não determinada informação publicitária até que prestem atenção a ela⁷⁴⁷.

Especialmente em razão dessas limitações, os principais modelos econômicos utilizados consideram que os usuários reputam incômodos os anúncios publicitários, havendo, portanto, uma externalidade de rede negativa entre os grupos de usuários e anunciantes⁷⁴⁸. Quando essas condições estão satisfeitas, as plataformas competem por novos usuários principalmente a partir da oferta de pacotes com conteúdo mais atrativo ou que tenham uma quantidade menor de anúncios⁷⁴⁹. Como resultado, níveis de competição mais intensos entre plataformas de atenção tendem a resultar em menor quantidade de anúncios no mercado, situação desejável da perspectiva do consumidor, embora não o seja da perspectiva dos anunciantes⁷⁵⁰.

Essas compreensões básicas sobre a lógica econômica das plataformas de atenção informam novas teorias do dano antitruste focadas em qualidade. No que diz respeito especificamente aos possíveis prejuízos aos usuários que ocupam o lado "gratuito" da plataforma, o intermediário pode afetar o excedente do consumidor, tomando decisões como reduzir ou aumentar a quantidade de anúncios veiculados, tornar os anúncios mais ou menos intrusivos, aumentar ou diminuir a transparência das ofertas e aprimorar ou degradar a qualidade do conteúdo veiculado⁷⁵¹.

Considerando que a capacidade e os incentivos do intermediário de degradar a qualidade dos serviços depende das condições estruturais do mercado, diversas jurisdições levantam preocupações com o fato de os mercados de publicidade digital serem altamente concentrados e apresentarem particularidades que reforçam riscos de fechamento, tais como a presença de efeitos de rede e de economias de escala e de escopo⁷⁵².

⁷⁴⁶ GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. pp. 28–29.

⁷⁴⁷ EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, pp. 9–10, out. 2017.

⁷⁴⁸ ARGENTESI, E. et. al. *Ex-post assessment of merger control decisions in digital markets final document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority*. 2019. p. 132 ("consumers' willingness to pay typically decreases with the amount of advertising supplied").

⁷⁴⁹ PEITZ, M. Economic policy for digital attention intermediaries. *ZEW Discussion Paper*, v. 20–035, n. 20, p. 13, 2020.

⁷⁵⁰ ANDERSON, S, p.; PEITZ, M. Media see-saws : winners and losers in platform markets. *Discussion Paper Series – CRC TR 224*, n. 89, 2019 (propõe um modelo de competição oligopolística em que, sob dadas condições em que os usuários considerem os anúncios incômodos, os interesses da plataforma e dos anunciantes tendem a estar alinhados, de modo que há uma "gangorra" entre o excedente do consumidor do lado do usuário e o excedente do consumidor do lado dos anunciantes).

⁷⁵¹ PEITZ, M. Economic policy for digital attention intermediaries. *ZEW Discussion Paper*, v. 20–035, n. 20, pp. 11–12, 2020.

⁷⁵² EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. p. 170; p. 206.

Sob condições concorrenciais insuficientes, usuários de ferramentas de buscas *online* ou de redes sociais podem sofrer danos na forma de deterioração de qualidade ao serem expostos a uma quantidade maior de anúncios incômodos ou ao serem submetidos a conteúdos que não atendem aos seus interesses imediatos de acesso à plataforma⁷⁵³.

Para os fins desta tese, porém, cumpre evidenciar que as teorias do dano de exposição a anúncios não são imunes a críticas quanto à sua higidez normativa.

Em primeiro lugar, consoante ressaltado, é de fato bastante contingente a maneira como os usuários tendem a enxergar a utilidade ou a não utilidade dos anúncios⁷⁵⁴. Embora seja comum que os modelos econômicos referenciados acima presumam um estado de indiferença na forma como os usuários valoram os anúncios, ao menos em teoria, o direcionamento de uma oferta que atende às preferências do consumidor pode denotar situação que maximiza o excedente do consumidor, o que pode ser visto como um benefício pró-competitivo do modelo de negócio⁷⁵⁵. Na ausência de estudos empíricos específicos, a linha que separa uma publicidade persuasiva ou invasiva reputada incômoda pelo usuário e a publicidade que aumenta o nível de informação dos consumidores sobre determinado produto, por vezes, é bastante tênue⁷⁵⁶.

Em segundo lugar – ainda relacionado ao ponto anterior –, as relações entre competição e qualidade em termos de exposição de anúncios são bastante confusas, posto que inevitavelmente dependem da correta identificação das externalidades de redes estabelecidas entre os dois lados da intermediação. Apesar de haver um consenso relativo entre as autoridades no sentido de que maior competição entre intermediários de atenção beneficia o consumidor⁷⁵⁷, os modelos de bem-estar social aplicados a mercados de atenção variam a depender da forma como se enxergam as relações de interdependência entre as demandas de anunciantes e usuários.

Considerando que as plataformas de atenção resolvem um verdadeiro problema de custos de transação, autores como EVANS sustentam que, mesmo nas hipóteses em que o usuário individualmente considere os anúncios incômodos, existe uma relação de externalidade positiva – e não negativa – entre os lados da plataforma, de forma que o excedente do consumidor gerado na

⁷⁵³ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 63–64; e OCDE. Quality considerations in the zero-price economy: note by the European Union. *DAF/COMP/WD(2018)135*, 2018. p. 7.

⁷⁵⁴ GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. pp. 28–29 (referindo-se ao mercado de buscas genéricas, a autora salienta que seria possível segmentar as buscas por informações de compra, buscas com o objetivo de obter dados e informações específicas e, também, buscas com o objetivo de acessar uma URL específica da internet. Embora existam estudos que mostrem a quantidade de buscas no primeiro grupo, permanece totalmente incerto como a maioria dos consumidores que buscam URL específica ou informações e dados valoram os anúncios publicitários).

⁷⁵⁵ LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, pp. 10–11, 2014.

⁷⁵⁶ EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, p. 11, out. 2017.

⁷⁵⁷ Vide nota de rodapé 730.

intermediação entre usuários e publicidade é tipicamente maior do que o valor do conteúdo obtido⁷⁵⁸.

Na visão do autor, é fundamental que as autoridades antitruste considerem que há um efeito *feedback* positivo entre a demanda dos anunciantes e a demanda dos usuários, posto que uma plataforma com mais anúncios consegue investir mais na produção de conteúdo que atrai a atenção e satisfaz as preferências destes últimos⁷⁵⁹. Em termos práticos, isso significa que mercados mais concentrados podem resultar em maiores excedentes do consumidor, uma vez que o custo de produção do conteúdo pode ser amortizado em uma base maior de usuários⁷⁶⁰.

Ademais, a relação entre competição e qualidade também é afetada pela escassez ou finitude do recurso de atenção dos usuários. Nesse sentido, PEITZ⁷⁶¹ argumenta que, se os interesses dos usuários e anunciantes estiverem alinhados, um aumento da concorrência pode gerar uma superexploração da atenção, de maneira que os volumes de publicidade tenderão a aumentar, e a qualidade do conteúdo disponível no mercado tenderá a diminuir.

Por esses motivos, mesmo que seja possível e recomendável a aplicação em concreto de teorias do dano com foco em qualidade em mercados digitais baseados em anúncios, parece temerário invocar que, na economia digital, a capacidade de degradar a qualidade por meio da imposição de anúncios é uma fórmula universal de exercício de poder de mercado que pode desbancar a centralidade do fator preço.

2.3. Prejuízos à inovação

Nas abordagens de concorrência não relacionadas a preço, a inovação é geralmente considerada a fonte mais importante de bem-estar econômico no longo prazo⁷⁶². Por esse motivo, os relatórios sobre concorrência na economia digital abordados nesta tese demonstram especial

⁷⁵⁸ EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, pp. 25–26, out. 2017.

⁷⁵⁹ EVANS, D. S. Attention platforms, the value of content, and public policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 775–792, 2019 ("accounting for the value of content and these positive feedbacks cannot determine optimal interventions; but failing to do so can result in policies that reduce consumer—as well as advertiser—welfare").

⁷⁶⁰ EVANS, D. S. Attention platforms, the value of content, and public policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 789–790, 2019b.

⁷⁶¹ PEITZ, M. Economic policy for digital attention intermediaries. *ZEW Discussion Paper*, v. 20–035, n. 20, pp. 13–14, 2020.

⁷⁶² BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, v. 62, n. 1, pp. 1020–1053, 1987; e EVANS, D. S.; HYLTON, K. N. The lawful acquisition and exercise of monopoly power and its implications for the objectives of antitrust. *Competition Policy International*, v. 4, n. 2, p. 35, 2008 ("the dynamic competitive process and its role in promoting economic progress are at the heart of antitrust policy").

preocupação com a possibilidade de diminuição das taxas de inovação nos mercados digitais nos próximos anos⁷⁶³.

Não obstante as autoridades antitruste busquem, há muito, examinar como os níveis de inovação de um setor podem ser impactados por condutas unilaterais ou fusões⁷⁶⁴, nem sempre é fácil definir no que consiste a competição por inovação em mercados de preço zero. Na jurisprudência recente do CADE, a autarquia tem tentado examinar, sobretudo no julgamento de atos de concentração, como o reforço de concentração de poder de mercado em sobreposições horizontais pode prejudicar os incentivos dos concorrentes em disputas por novos produtos e serviços.

Ao nosso ver, a dificuldade de lidar com a inovação é resultante, por um lado, das controvérsias teóricas na literatura sobre economia e, por outro, da própria feição multidimensional da dimensão "qualidade" de concorrência⁷⁶⁵. Compreende-se, porém, que os obstáculos para aferi-la a partir de fatores não relacionados a preço são comparativamente menores quando a intervenção antitruste adota o foco da concorrência por inovação. Pois, diferentemente do que ocorre com os demais aspectos qualitativos abordados acima – *e.g.* privacidade, segurança ou variedade de produtos –, em relação ao fator inovação, existe uma rica base de discussões teóricas no campo antitruste que tem se construído há décadas e se beneficia dos diálogos com os campos da economia e da gestão empresarial.

Como destacado na Introdução, na própria literatura antitruste, é possível vislumbrar uma convergência na adoção de um conceito único de inovação, que coincide com aquele apresentado no *Manual de Oslo da OCDE/Eurostat*⁷⁶⁶, o qual define genericamente inovação como "a implementação de produto novo ou significativamente melhorado (bem ou serviço), ou processo, bem como de novo método de *marketing* ou novo método organizacional nas práticas de negócios, organização do local de trabalho ou relações externas" (tradução livre)⁷⁶⁷. Nesse conceito, inovação

⁷⁶³ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 74–78; CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: CMA, 2020. p. 69; e, principalmente, SCHWEITZER, H. *et. al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17*, 2018. pp. 23–24.

⁷⁶⁴ Por todos, cf. VAN CLEYNENBREUGEL, P. Innovation in competition law analysis: making sense of on-going academic and policy debates. *In: The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. pp. 8–9.

⁷⁶⁵ OCDE. The role and measurement of quality in competition analysis. *OCDE Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p. 80, 2013 ("the exact boundaries between the product quality, product variety and innovation are not always entirely clear. Indeed, innovation is a process inherently linked to enhancing product quality"); e MANCINI, J.; VOLPIN, C. Quality considerations in digital zero-price markets. *OECD Background Paper DAF/COMP(2018)14*, p. 7, 2018.

⁷⁶⁶ OCDE; EUROSTAT. *Oslo Manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data: a joint publication of OECD and Eurostat*. Paris: OECD Publishing, 2005.

⁷⁶⁷ OCDE; EUROSTAT. *Oslo Manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data: a joint publication of OECD and Eurostat*. Paris: OECD Publishing, 2005. p. 46.

significa tanto uma atividade quanto o resultado que dela advém, desde que designe concretamente a implementação de algo e não meramente uma simples invenção ou ideia criativa⁷⁶⁸.

Embora nas versões iniciais do *Manual de Oslo* fossem identificados quatro tipos principais de inovação⁷⁶⁹, esta tese alinha-se a uma tipologia mais recente, que identifica simplesmente: (i) a inovação de produtos (*product innovation*), que consiste "em produtos ou serviços novos ou melhorados que se diferem significativamente de produtos e serviços anteriormente ofertados pela empresa e que foram introduzidos no mercado" (tradução livre)⁷⁷⁰; e (ii) inovação de processos de negócios (*business process innovation*), que descreve "um processo de negócio novo ou melhorado para uma ou mais funções de negócios que se difere significativamente dos processos de negócios anteriores da empresa e que foi colocado em uso pela empresa" (tradução livre)⁷⁷¹.

Dado o caráter amplo dessas definições, é comum que na literatura sejam feitas referências a algumas classificações complementares de inovação. A partir da leitura das obras de SCHUMPETER, pode-se diferenciar as inovações incrementais – aquelas que envolvem mudanças meramente graduais e lentas na oferta – das inovações radicais – aquelas que têm impacto maior de desestabilizar um sistema tecnológico como um todo e que conduzem à destruição criativa⁷⁷².

Outra classificação bastante discutida pelos especialistas antitruste no contexto da economia digital diferencia as inovações sustentáveis, que ocorrem em uma rede de valor, das inovações disruptivas, que operam fora dessa rede estabelecida. Essa classificação é inspirada nas teorias de disrupção de CHRISTENSEN, as quais serão discutidas a seguir⁷⁷³. Embora muitos autores, de maneira atécnica, equiparem as inovações radicais às disruptivas, é importante entender que as classificações acima decorrem de critérios diferentes. Enquanto as inovações radicais e incrementais são definidas pelo nível ou pela qualidade da tecnologia empregada, as inovações disruptivas e sustentáveis têm a ver com o atendimento da trajetória histórica de preferências dos consumidores⁷⁷⁴.

⁷⁶⁸ FAGERBERG, J. Innovation: a guide to the literature. In: BLAIR, R.; SOKOL, D. The Oxford handbook of innovation. Oxford: Oxford University Press, 2004. pp. 4–5.

⁷⁶⁹ OCDE; EUROSTAT. *Oslo Manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data: a joint publication of OECD and Eurostat*. Paris: OECD Publishing, 2005. pp. 47–52 (descreve os seguintes tipos de inovação: (i) inovação de produtos (*product innovation*); (ii) inovação de processos (*process innovation*); (iii) inovação de marketing (*marketing innovation*); e (iv) inovação organizacional (*organisational innovation*)).

⁷⁷⁰ OCDE; EUROSTAT. *Oslo Manual 2018: guidelines for collecting, reporting and using data on innovation*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 20.

⁷⁷¹ OCDE; EUROSTAT. *Oslo Manual 2018: guidelines for collecting, reporting and using data on innovation*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 20.

⁷⁷² ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis*, 2017. pp. 7–8; e ROBERTSON, V. H. S. E. *Competition law's innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Nova Iorque: Hart Publishing, 2020. p. 68.

⁷⁷³ Vide item 3.2.2 deste Capítulo.

⁷⁷⁴ GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. pp. 69–70.

Consoante será abordado, conquanto parte significativa da literatura tenda a tratar a concorrência entre plataformas digitais sob um enfoque único de inovações radicais, em uma lógica do vencedor leva tudo (*winner-takes-all*)⁷⁷⁵, a complexidade da concorrência nos mercados digitais também confere um papel significativo às inovações incrementais.

A partir dos consensos semânticos e do que foi discutido nos tópicos anteriores a respeito do significado dos fatores "custos", "privacidade" e "exposição de anúncios", entendemos ser possível delimitar, com razoável precisão terminológica, em que de fato consistem os danos à inovação no contexto da concorrência entre plataformas digitais em fatores não relacionados a preço.

Para os fins de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, cujo foco encontra-se apenas no controle de condutas unilaterais, consideramos que a inovação pode ser prejudicada nos mercados digitais por estratégias de empresas dominantes que, de qualquer maneira, tenham por efeito, ainda que potencial, inviabilizar ou obstaculizar a implementação de produtos ou processos inovadores. O adensamento de teorias do dano que dão suporte a essa hipótese será buscado no item seguinte deste Capítulo.

3. Concorrência dinâmica em plataformas digitais: teorias do dano para o abuso de posição dominante

Diante da relevância assumida pelos fatores não relacionados a preços na competição entre plataformas, a assertiva de que a inovação constitui o principal parâmetro de concorrência na economia digital tornou-se ubíqua na literatura⁷⁷⁶ e no discurso político⁷⁷⁷. Nesse contexto, as prescrições das teorias de concorrência dinâmica são naturalmente pensadas como fontes de inspiração para propostas de reformulação nas metodologias antitruste⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Por todos, cf. DESSEMOND, E. G. Restoring competition in "winner-took-all" digital platform markets. *UNCTAD Research Paper*, n. 40, pp. 1–20, 2019.

⁷⁷⁶ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1685; p. 1692, 2013 ("*competition policy for digital platforms would benefit from further shifting its focus from conventional price and output effects to innovation effects*"); GRAEF, I. Stretching EU competition law tools for search engines and social networks. *Internet Policy Review*, v. 4, n. 3, p. 3, 2015; e COYLE, D. Practical competition policy implications of digital platform economics. *Benett Institute for Public Policy Working Paper no: 01/2018*, p. 12, mar. 2018.

⁷⁷⁷ VERSTAGER, M. *Competition: the mother of invention*. 2016. pp. 1–8; MUNDT, A. Sixty years and still exciting: the Bundeskartellamt in the digital era. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 6, n. 1, pp. 1–4, 2018; DE SILVA, I. Tackling the challenges raised by the digitalization of the economy: recent experiences of the French Competition Authority. *The Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 1, pp. 3–10, 2019; e LASSERRE, B.; MUNDT, A. Competition law and big data: the enforcers' view. *Italian Antitrust Review*, v. 1, pp. 87–103, 2017.

⁷⁷⁸ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. pp. 126–127 ("*the challenge is to systematically integrate innovation in competition policy practice, and, in doing so, to consider that erring to the disadvantage of innovation is likely to be particularly costly in the longer run*"); e CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: CMA, 2020. pp. 45–46; e CADE *et. al.* *BRICS in the digital economy: competition policy in practice*. 1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. 2019. p. 16 ("*CADE considers dynamic competition*

A convergência em torno da valorização das perspectivas de concorrência dinâmica, no entanto, é nublada por profundos dissensos sobre como, afinal, a análise de condutas e de estruturas deve ser remodelada em termos concretos para apreender a centralidade da corrida pelo desenvolvimento de novos produtos e processos produtivos⁷⁷⁹. O discurso de concorrência dinâmica tem sido capturado tanto por aqueles que defendem uma maior intervenção antitruste nas *big techs* quanto por aqueles que acreditam na autocontenção dos mercados digitais⁷⁸⁰.

Ao nosso ver, as opiniões dicotômicas desse debate resultam de assimilações isoladas de vertentes de teorias da concorrência dinâmica exploradas no Capítulo 1. De um lado, as vozes que clamam por uma maior intervenção antitruste tomam como ponto de partida a ideia de as plataformas estarem totalmente isoladas do processo competitivo pelas fontes de poder de mercado baseadas em dados e pela existência de elevadas barreiras à entrada nos mercados digitais⁷⁸¹. Essa visão dialoga profundamente com as premissas das teorias de *path dependence*⁷⁸², seja ao conferir grande importância aos efeitos de rede das plataformas, seja por contemplar os riscos de tombamento e aprisionamento dos mercados digitais.

Na outra ponta do espectro, aqueles que defendem que os cânones tradicionais da política antitruste são suficientes para assegurar o bem-estar social se creditam no argumento de a concorrência pela introdução de novos produtos ser intensa nos mercados digitais, de modo que a implementação de intervenções antitruste deflagradas pela verificação de posições dominantes atuais traria um risco muito elevado de se comprometer os incentivos à inovação⁷⁸³. Essa abordagem, por sua vez, projeta para os mercados digitais as premissas do modelo neoschumpeteriano de concorrência⁷⁸⁴, eventualmente flertando com a hipótese de que os mercados digitais estariam submetidos a riscos de distribuição criativa.

issues on a case-by-case analysis, taking into account the business reality and the particularities of all sides of the markets").

⁷⁷⁹ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, pp. 306–307, 2019 ("*competition scholars are chiefly divided between those criticizing competition law's shortcomings in addressing innovation and those arguing for restraint in doing so*").

⁷⁸⁰ Vide as considerações constantes da Introdução.

⁷⁸¹ Por todos, cf. CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. pp. 35–38; e STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 27–28.

⁷⁸² Vide item 2.2 do Capítulo 1.

⁷⁸³ Por todos, cf. MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Google and the limits of antitrust: the case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, pp. 178–179, 2010; e, mais recentemente, KOKKORIS, I. Innovation considerations in merger control and unilateral conduct enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 8, n. 1, pp. 78–83, 2019 (argumenta, por exemplo, que as multas impostas pela Comissão Europeia nos casos *Google Shopping* e *Google Android* teria um efeito dissuasório da inovação, por serem desproporcionais aos gastos com P&D das *big techs*).

⁷⁸⁴ Vide item 2.1 do Capítulo 1.

Ao nosso ver, tanto as leituras de *path dependence* quanto as leituras *neoshumpeterianas* simplificam bastante a complexidade da concorrência entre plataformas digitais e não são capazes de gerar prescrições sólidas para a política antitruste independentes da armadilha de ter que se acreditar que determinada estrutura de mercado será em si mais propensa ao florescimento da inovação.

Para superar tais obstáculos, esta tese busca aprofundar uma abordagem particular de compreensão da concorrência dinâmica no contexto dos mercados digitais que se pretende não apenas agnóstica em relação ao debate sobre a relação ótima entre estruturas de mercado-inovação, mas também que busque refletir as particularidades dos comportamentos estratégicos de concorrência entre plataformas.

As sugestões apresentadas não são deslocadas do debate acadêmico atual. Elas dialogam profundamente com trabalhos recentemente desenvolvidos por autores como PETIT⁷⁸⁵, DE STREEL⁷⁸⁶, COSTA-CABRAL⁷⁸⁷ E LIANOS⁷⁸⁸ e outros⁷⁸⁹. A originalidade da nossa proposta, porém, reside em identificar pontos convergentes desses estudos, a fim não só de conferir maior sistematicidade, mas principalmente de extrair possíveis teorias do dano que possam ser instrumentalizadas no controle do abuso de posição dominante no direito brasileiro.

A proposta de releitura da abordagem de concorrência dinâmica aqui defendida estrutura-se em dois pilares. O primeiro corresponde ao diagnóstico descritivo ou positivo das especificidades da inovação nos mercados digitais que desaconselham a transposição dos pressupostos dos modelos de concorrência abordados nas teorias neoschumpeterianas e de *path dependence* (item 3.1). O segundo consiste na exploração de outras abordagens teóricas alternativas de inovação que melhor explicam os fatores estruturais e comportamentais que definem a concorrência dinâmica nos mercados digitais. Essas abordagens teóricas alternativas iluminam novas teorias do dano que podem ser instrumentalizadas no controle de condutas de exclusão (item 3.2).

⁷⁸⁵ PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020; e PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data, and competition policy: favoring dynamic over static competition. *Industrial and Corporate Change*, n. 1, pp. 1–31, 2021.

⁷⁸⁶ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, pp. 22–34, 2020.

⁷⁸⁷ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, pp. 305–343, 2019.

⁷⁸⁸ LIANOS, I. Competition law for the digital era: a complex systems' perspective. *CLES Research Paper Series 6/2019*, v. 1, n. 1, p. 163, 2019.

⁷⁸⁹ Além dos autores mencionados, que focam no debate no direito comunitário europeu, também nos beneficiamos das reflexões propostas para o direito norte-americano em HEMPHILL, C. S.; WU, T. Nascent competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 1, pp. 1879–1912, 2020; e LAO, M. No-fault digital platform monopolization. *William & Mary Law Review*, v. 61, n. 3, pp. 755–814, 2020.

3.1. Especificidades da inovação digital

As teorias de concorrência dinâmica do antitruste exploradas no Capítulo 1 foram desenvolvidas a partir do exame de características comuns de mercados integrantes da nova economia no final da década de 1990. Os mercados enquadrados nessa categoria seriam identificados (i) pela presença de ciclos produtivos relativamente curtos com inovações radicais episódicas; (ii) pelas altas taxas de investimentos em P&D; (iii) pelas elevadas economias de escala e de escopo; e (iv) pela predominância do emprego de estratégias de plataformas que exploram externalidades de redes⁷⁹⁰.

Em maior ou em menor grau, todas essas características, de fato, podem ser enxergadas nos mercados digitais⁷⁹¹. Tal coincidência incita muitos autores a tratar os mercados inovadores no contexto da economia digital de forma genérica, impondo-lhes as mesmas prescrições normativas endereçadas às antigas indústrias em rede da nova economia⁷⁹².

Ao nosso ver, porém, a construção dogmática de uma teoria de concorrência dinâmica para os mercados digitais deve reconhecer as diferenças substanciais envolvidas no fenômeno da inovação digital⁷⁹³, assim entendida como a criação de ofertas de mercado, de novos processos produtivos ou de novos modelos de negócios a partir do uso de tecnologia digital⁷⁹⁴.

Embora a predominância de disputa por novos produtos e serviços no longo prazo seja, de fato, um elemento coincidente da economia digital com o paradigma da nova economia, a natureza da corrida pela introdução de novos produtos e funcionalidades nas plataformas digitais apresenta distinções notáveis em relação ao modelo de concorrência pelo mercado atribuído às indústrias em rede tradicionais. Essas distinções se projetam tanto em relação às assunções teóricas do modelo de concorrência dinâmica quanto em relação às evidências fáticas colhidas nos mercados digitais. Torna-se assim imprudente desconsiderar essas especificidades na formulação de orientações normativas para a política antitruste.

⁷⁹⁰ POSNER, R. A. Antitrust in the new economy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, v. 68, n. 106, pp. 2-3, 2000; e TEECE, D. J.; COLEMAN, M. The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 1, pp. 804-817, 1998.

⁷⁹¹ OCDE. *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. Paris: OECD Publishing, 2019. pp. 22-25.

⁷⁹² Por todos, cf. EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: *Innovation policy and the economy*. v. 2. Nova Iorque: MIT Press, 2005. pp. 5-13 (identifica cinco características transversais a todas as indústrias dinâmicas).

⁷⁹³ No campo dos estudos de gestão, tem sido amplamente reconhecido que as tecnologias digitais demandam novas teorias sobre o fenômeno da inovação. Nesse sentido, cf. GREENSTEIN, S.; LERNER, J.; STERN, S. Digitization, innovation, and copyright: what is the agenda? *Strategic Organization*, v. 11, n. 1, pp. 110-121, 2013.

⁷⁹⁴ NAMBISAN, S. *et. al.* Digital innovation management: reinventing innovation management research in a digital world. *MIS Quarterly: Management Information Systems*, v. 41, n. 1, p. 224, 2017 ("digital innovation as the creation of (and consequent change in) market offerings, business processes, or models that result from the use of digital technology").

De maneira geral, entendemos que há três particularidades que distanciam a lógica de concorrência dinâmica das plataformas digitais daquela observada nos mercados da nova economia. Esses fatores consistem basicamente (i) na centralidade que os processos de inovação baseados em dados assumem na oferta de produtos e serviços atuais e futuros; (ii) na durabilidade relativa do poder de mercado dos agentes dominantes; e (iii) na tendência de formação de ecossistemas.

3.1.1. Processos de inovação baseados em dados

As plataformas digitais extraem valor econômico de atividades de inovação baseadas em dados (*data-driven innovation*)⁷⁹⁵. O *big data* se coloca como importante fonte de crescimento econômico na economia digital, na medida em que ele incrementa drasticamente a criação de novos produtos, novos processos produtivos, novos métodos organizacionais e, até mesmo, novos mercados⁷⁹⁶.

O gerenciamento de um grande volume de dados e a utilização de tecnologias de análise e gerenciamento desses dados (*data analytics*), como algoritmos inteligentes, computação em nuvem e emprego de especialistas de dados, possibilitam novas oportunidades de inovação que não seriam economicamente viáveis em mercados não digitalizados⁷⁹⁷.

A obtenção de valor dos dados, em termos de inovação, ocorre a partir da exploração de uma infraestrutura básica de dados constantemente alimentada e expandida pela coleta, pela utilização e pela reutilização dos dados como *inputs* do processo produtivo⁷⁹⁸. O uso dessa infraestrutura viabiliza a obtenção de ganhos econômicos na forma de criação de conhecimento-chave (*insights*) para definição da oferta dos produtos e serviços digitais⁷⁹⁹.

As ferramentas de *data analytics*, como algoritmos, *cloud computing* e internet das coisas, permitem que as plataformas implementem decisões mais eficientes ou de melhor qualidade. Isso ocorre principalmente por meio de processos de densificação dos dados, que proporcionam a

⁷⁹⁵ OCDE. Big data: bringing competition policy to digital era. *Background Paper by the Secretariat*. Paris: OECD Publishing, 2016. pp. 7–8; e OCDE. *Data-driven innovation*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 17.

⁷⁹⁶ OCDE. Data-driven innovation for growth and well-being. *Interim Synthesis Report*. 2014. p. 4.

⁷⁹⁷ TROILO, G.; LUCA, L. M. de; GUENZI, P. Linking data-rich environments with service innovation in incumbent firms: a conceptual framework and research propositions. *Journal of Product Innovation Management*, v. 34, n. 5, p. 624, 2017.

⁷⁹⁸ TEMPINI, N. Till data do us part: understanding data-based value creation in data-intensive infrastructures. *Information and Organization*, v. 27, n. 4, pp. 191–210, 2017; e SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, pp. 1680–1681, 2013a.

⁷⁹⁹ OCDE. *Data-driven innovation*. Paris: OECD Publishing, 2015. pp. 132–133.

automatização de decisões, constatações de padrões de comportamentos dos consumidores e desenhos de possibilidades de sinergias entre os produtos ofertados⁸⁰⁰.

Ao final do ciclo de dados, as novas oportunidades de inovação podem ser exploradas tanto a partir do desenvolvimento de novos produtos e serviços quanto do aprimoramento incremental de produtos existentes⁸⁰¹. Em relação aos produtos e serviços atuais, a inovação pode resultar em alterações qualitativas do produto ou do serviço – de maneira a torná-los mais personalizados ou simplesmente mais aderentes às preferências dos usuários – ou em formas mais eficientes de ofertá-los⁸⁰². Em relação aos produtos e serviços futuros, é possível que o resultado da inovação agregue uma demanda diferenciada em torno de um novo mercado⁸⁰³.

A ilustração a seguir, produzida a partir de ideias capturadas nos textos supracitados, representa os processos de extração de valor de dados para a inovação digital:

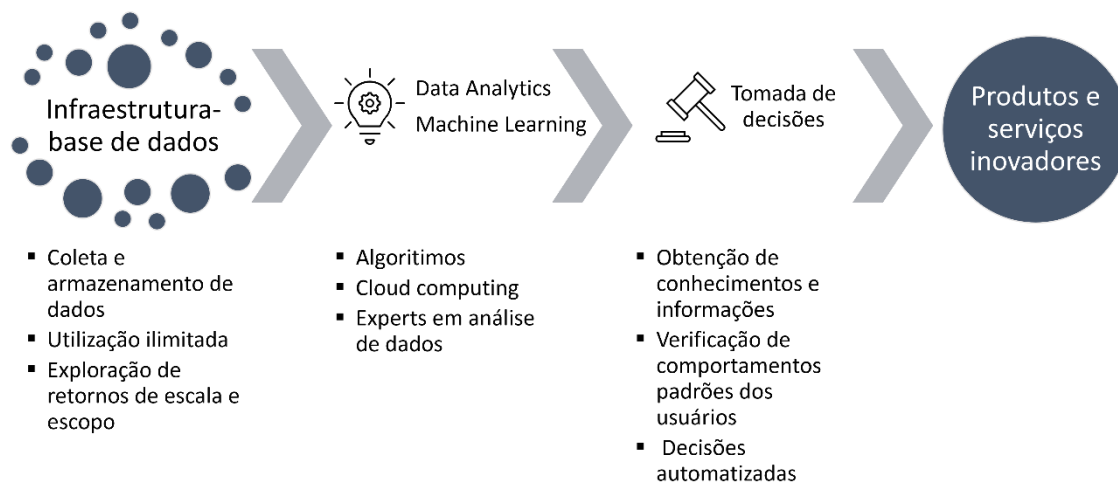
⁸⁰⁰ TROILO, G.; LUCA, L. M. De; GUENZI, P. Linking data-rich environments with service innovation in incumbent firms: a conceptual framework and research propositions. *Journal of Product Innovation Management*, v. 34, n. 5, pp. 625–627, 2017.

⁸⁰¹ SORESCU, A. Data-driven business model innovation. *Journal of Product Innovation Management*, v. 34, n. 5, pp. 691–696, 2017 (o autor utiliza o conceito de modelos de negócios baseados em inovação, a fim de considerar que a inovação baseada em dados pode envolver tanto a oferta de novos produtos quanto a reinvenção da forma de oferta ou de consumo de um produto anteriormente disponível no mercado).

⁸⁰² LIANOS, I. Digitalisation and competition law: new challenges. In: SILVEIRA, P. B. da. KOVACIC, W. E. *Global competition enforcement: new players, new challenges*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2019. p. 32.

⁸⁰³ Vide Capítulo 5.

Figura 9 – Ilustração do processo de inovação baseada em dados



Fonte: elaboração própria.

O protagonismo dos processos de inovação baseados em dados, por sua vez, tensiona os princípios normativos de intervenção antitruste estabelecidos nas versões tradicionais teorias de concorrência dinâmica discutidas no Capítulo 1.

As abordagens neoschumpeterianas do antitruste geralmente compartilham da visão de que, em mercados de alta tecnologia, a concorrência pela inovação envolveria a assunção de elevados riscos e a quebra de rotinas produtivas estabelecidas⁸⁰⁴. O inovador schumpeteriano atua em um ambiente de extrema incerteza em que suas apostas em atividades de P&D são tão custosas que só poderiam ser adequadamente recompensadas pela obtenção de rendas de monopólio⁸⁰⁵. Segundo a lógica de destruição criativa, presume-se que, de tempos em tempos, os agentes econômicos dominantes serão desbancados por um concorrente que, ao introduzir um produto ou sistema superior, consegue capturar todos os consumidores do produto antigo, gerando um bem-estar social superior no longo prazo⁸⁰⁶.

Esses modelos neoschumpeterianos, porém, parecem ter sido pensados para setores econômicos em que a inovação surge principalmente como um conseqüente de linhas de negócios estruturadas – como acontece nas indústrias farmacêuticas, de defesa ou de semicondutores – em que os processos de inovação são mais lineares, previsíveis, estruturados e menos sujeitos a

⁸⁰⁴ ELLIG, J.; LIN, D. A taxonomy of dynamic competition theories. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001, p. 282, p. 18.

⁸⁰⁵ KATZ, M. L.; SHELANSKI, H. A. "Schumpeterian" competition and antitrust policy in high-tech markets. *Competition*, v. 14, n. 2, pp. 16–17, 2005.

⁸⁰⁶ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: JAFFE, A. B.; LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy*. v. 2. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 10; e SHELANSKI, H. A.; SIDAK, J. G. Antitrust divestiture in network industries. *The University of Chicago Legal Forum*, v. 68, n. 1, p. 12, 2001.

descontinuidades tecnológicas⁸⁰⁷. Nesses setores, sob determinadas circunstâncias, é possível, inclusive, balancear melhor as perdas de eficiências estáticas com as expectativas de eficiências dinâmicas ao relacioná-las a projetos sistematizados de P&D específicos⁸⁰⁸.

Nas plataformas digitais, por outro lado, a inovação surge principalmente de atividades de combinação e recombinação de tecnologias modulares continuamente realizadas que podem gerar resultados imprevisíveis em espectros temporais curtos ou longos⁸⁰⁹. Algumas *big techs*, por exemplo, dedicam grande parte de seus investimentos em P&D a projetos de inovação *blue-sky*, ou seja, altamente incertos e pouco vocacionados a produzir um resultado pré-determinado. Justamente em razão dessas características, diz-se que a inovação digital é muito mais impulsionada pelas forças de concorrência do que pela própria exploração de direitos de propriedade intelectual, qual ocorre em outras indústrias de alta tecnologia⁸¹⁰.

Assim, a centralidade que os processos de inovação baseados em dados assumem na oferta regular de produtos digitais faz com que os pressupostos da lógica de concorrência dinâmica schumpeteriana tenham que ser ponderados. Na sua essência, o próprio funcionamento dos processos de inovação frequentemente nubla a linha que divide a concorrência estática em mercados de produtos e serviços atuais e a concorrência dinâmica pelo desenvolvimento de novos produtos e serviços⁸¹¹.

Por consequência, torna-se muito difícil separar os mercados relevantes atuais dos mercados relevantes futuros⁸¹². Ademais, o fato de as atividades de P&D serem frequentemente internalizadas na própria oferta regular das plataformas digitais exige que sejam apreciados com bastante cautela os argumentos de que o poder de mercado estático de uma plataforma dominante deve ser tolerado em função do seu potencial de inovação. Conforme será aprofundado a seguir, a depender das condições concretas, a manutenção de mercados digitais abertos e contestáveis pode ser mais

⁸⁰⁷ PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 123.

⁸⁰⁸ GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: E.U. competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 93.

⁸⁰⁹ CALVANO, E.; POLO, M. Market power, competition and innovation in digital markets: a survey. *Information Economics and Policy*, v. 4, n. 1, p. 11, 2021 ("one of the features of digital markets is rapid innovation both of the drastic type [mainly performed by entrants] and non-drastic/incremental type [mainly performed by market participants]"); e OCDE. Dynamic efficiencies in merger analysis. *OECD Policy Roundtables Discussion Papers*, p. 275, jun. 2007 (desenvolve argumentação semelhante ao diferenciar a inovação nas indústrias farmacêuticas da inovação em mercados de *softwares* de computadores).

⁸¹⁰ DREXL, J. Politics, digital innovation, intellectual property and the future of competition law. *Concurrences*, v. 4, n. 1, p. 4, 2019.

⁸¹¹ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1685, 2013a.

⁸¹² Essa discussão será enfrentada no item 2 do Capítulo 5.

relevante para benefícios de longo prazo do que a exploração de rendas de monopólio schumpeterianas⁸¹³.

3.1.2. Durabilidade relativa do poder de mercado

A segunda particularidade da lógica de concorrência dinâmica das plataformas digitais diz respeito ao caráter relativo e altamente contextual das tendências de tombamento dos mercados digitais e de seu isolamento frente às pressões de concorrência por inovação.

A rigor, as divergências quanto ao nível ótimo de intervenção antitruste contra *big techs* geralmente são tributárias de dissensos sobre o quanto as posições dominantes de empresas como as GAFAM nos seus respectivos mercados relevantes são capazes de lhes assegurar um isolamento dos riscos de novas entradas. Nesse sentido, os principais relatórios e estudos de mercado abordados nesta tese buscam obter orientações universalmente válidas para a política antitruste a partir da verificação de algumas características estruturais dos mercados digitais, em especial das fontes de poder de mercado apreciadas no Capítulo 2⁸¹⁴. Essas tentativas de formular orientações universais para a política antitruste na economia digital parecem ser paradoxalmente fruto da própria influência da Escola de Chicago, que tende a enxergar todos os mercados como iguais⁸¹⁵.

De todo modo, o atual estágio do debate de política antitruste é altamente dicotômico. De um lado, construiu-se um prognóstico – ao nosso ver, hoje majoritário na literatura – de que mercados digitais seriam genericamente marcados por uma lógica de competição *winner-takes-all* ou *winner-takes-most*⁸¹⁶. Nesse sentido, mercados de buscas *online* e redes sociais seriam tendentes ao entrincheiramento (*tipping*)⁸¹⁷, na medida em que o poder de mercado de empresas como *Google* e *Facebook* seria fortemente fundamentado na exploração de efeitos de redes baseados em dados e em economias de escala e de escopo, fatores esses que garantiriam a manutenção de elevadas barreiras à entrada⁸¹⁸.

⁸¹³ DELLER, D. *et. al.* Competition and innovation in digital markets. *BEIS Research Paper Number: 2021/040 Report*, v. 1, pp. 12–13, abr. 2021.

⁸¹⁴ Vide item 3 do Capítulo 2.

⁸¹⁵ HOVENKAMP, H.; MORTTON, F. S. Framing the Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, p. 1846, 2020.

⁸¹⁶ DESSEMOND, E. G. Restoring competition in "winner-took-all" digital platform markets. *UNCTAD Research Paper*, n. 40, pp. 1–20, 2019.

⁸¹⁷ CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: CMA, 2020. pp. 112–114; pp. 146–148 (examina, respectivamente, os mercados de buscas e de rede social).

⁸¹⁸ FURMAN, J. *et. al.* *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 4; e CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 22.

Alguns autores vão além para defender que essas fontes de poder de mercado aproximariam os mercados digitais a verdadeiros monopólios naturais⁸¹⁹. Com base nessa leitura, autores como EZRACHI⁸²⁰, STUCKE⁸²¹, GERADIN⁸²² E NEWMAN⁸²³ sustentam que a existência de grandes oligopólios baseados no controle de dados seria, por si só, atentatória ao desenvolvimento de novos modelos de negócios. Essas prescrições alimentam propostas de regulação dos mercados digitais ou, ao menos, a defesa de uma renovação do estruturalismo econômico antitruste⁸²⁴.

Em um extremo oposto, existe uma corrente teórica a qual argumenta que os mercados digitais apresentariam características econômicas que naturalmente favoreceriam a abertura ao processo competitivo, de forma que a detenção de poder de mercado por plataformas de múltiplos lados seria relativizada pelas forças da competição dinâmica pelo desenvolvimento de novos produtos⁸²⁵. Nesse sentido, autores como EVANS⁸²⁶, WRIGHT⁸²⁷, SOKOL⁸²⁸ e outros⁸²⁹ alegam que as chances de as plataformas digitais se tornarem dominantes entrincheirados (*tipped*) seria significativamente menor do que aquela observada em mercados tradicionais, uma vez que os custos de instalação e expansão global de novas plataformas na internet seriam relativamente baixos e o *multi-homing* seria ubíquo, fatores esses que reverteriam a força dos efeitos de redes indiretos.

⁸¹⁹ HANLEY, D. A. A topology of multisided digital platforms. *Connecticut Journal of International Law*, v. 19, n. 2, pp. 289–291, 2020; e DUCCI, F. *Natural monopolies in digital platform markets*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2020. p. 41.

⁸²⁰ EZRACHI, A. The goals of EU competition law and the digital economy. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018*, p. 11, 2018 ("the unpredictable nature of innovation calls for cautious intervention"); e EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series - Working Paper 2020/07*, pp. 1–87, 2020 ("while the dynamism of many digital markets may suggest heavy investment in innovation, macro data give rise to concern").

⁸²¹ STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, p. 1–52, 2018, p. 304. ("data-opolies can also hinder innovations that threaten their power or profits").

⁸²² GERADIN, D. What should EU competition policy do to address the concerns raised by the digital platforms' market power? *SSRN Electronic Journal*, p. 6, 2018 ("the risk that digital platforms engage in innovation-suppressing conduct is particularly heightened considering the large amount of information they are able to collect").

⁸²³ NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, Forthcoming, p. 17, 2018 ("even the mere presence—and certainly the activities—of an incumbent like Google or Facebook in a given market can hinder entry and stifle innovation").

⁸²⁴ KHAN, L. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 1, pp. 1061–1062, 2019 (defende que a integração de plataformas digitais em mercados de produtos complementares reduz os incentivos à inovação).

⁸²⁵ YUN, J. M. Does antitrust have digital blind spots? *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, v. 1, pp. 33–37, maio 2020.

⁸²⁶ EVANS, D. S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies. *SSRN Electronic Journal*, p. 1–37, 2017 ("the history doesn't support the view that data acts either as a significant barrier to entry for online platforms or as an asset that protects incumbent platforms from competition").

⁸²⁷ MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Google and the limits of antitrust: the case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, pp. 171–244, 2010.

⁸²⁸ SOKOL, D.; MA, J. M. Understanding online markets and antitrust analysis. *Northwestern University Law Review*, v. 15, n. 1, p. 52, 2017 ("mistaken antitrust intervention in such markets threatens innovation").

⁸²⁹ DEVLIN, A. Antitrust as Regulation. *San Diego Law Review*, pp. 823–878, 2013; BOURNE, R. Is this time different? Schumpeter, the tech giants, and monopoly fatalism. *Policy Analysis*, v. 872, pp. 1–34, 2019; e SPULBER, D. F. Unlocking technology: antitrust and innovation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 1, 2008.

Ao nosso ver, embora essas abordagens dicotômicas lancem importantes luzes sobre como a concentração de poder de mercado pode retardar a inovação, não é possível acolher proposições universais que enquadrem todas as plataformas digitais em uma lógica única e homogênea de concorrência dinâmica.

As conclusões sobre quão forte será a tendência de aprisionamento *vis a vis* as oportunidades de novas entradas capazes de captar parte significativa das oportunidades de vendas só podem ser cuidadosamente formuladas a partir de um exame factual e concreto do mercado investigado.

Nesse sentido, concordamos com a posição de HOVENKAMP⁸³⁰ de que os mercados digitais são marcados por fatores estruturais que ora apontam para riscos de tombamento em torno de um único agente dominante, ora sugerem a viabilidade de novas entradas. Esse autor propõe alguns parâmetros que devem ser contextualmente avaliados para se chegar a conclusões seguras quanto ao poder de mercado das plataformas, tais como (i) a preponderância de estratégias de *multi-homing* entre as empresas incumbentes no mercado; (ii) a capacidade dos agentes dominantes em acomodarem mudanças tecnológicas; (iii) a força dos efeitos de rede; (iv) o grau de diferenciação dos produtos ofertados; e (v) as condições de operabilidade e compartilhamento de dados⁸³¹. Essa importância de examinar em concreto os fatores que podem relativizar as chances de tombamento dos mercados digitais parece ser cada vez mais acentuada na literatura nos últimos anos⁸³².

Conquanto discordemos da opinião de que a simples constatação de riscos de fechamento de mercado seja, por si, só suficiente para desencadear a intervenção antitruste, consideramos que essa avaliação é importante, na medida em que nos permite avançar em conclusões sobre o poder de mercado e na avaliação da capacidade e do incentivo de retardar a inovação. Por isso, os parâmetros mencionados acima serão considerados, nesta tese, tanto nas discussões sobre teorias do dano desenvolvidas neste Capítulo quanto na investigação dos efeitos anticompetitivos sobre inovação das condutas exclusionárias aprofundada no Capítulo 6.

⁸³⁰ HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, p. 1978, 2021 ("determining the existence, extent, and relevance of entry barriers in an antitrust case has always been a highly factual inquiry. For digital platforms, several factors point in different directions, making categorical treatment impossible").

⁸³¹ HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, pp. 1972–2001, 2021.

⁸³² Alguns desses fatores também são tratados em CAVE, M. Platform software versus the software of competition law. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 10, n. 7, pp. 472–478, 2019; e BEDRE-DEFOLIE, Ö.; NITSCHKE, R. When do markets tip? An overview and some insights for policy. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 11, n. 10, pp. 610–622, 2020.

3.1.3. Formação de ecossistemas digitais

Outra particularidade importante das *big techs* corresponde à tendência de formação dos ecossistemas digitais. Embora esse conceito seja pouco claro mesmo no campo da literatura de gestão estratégica⁸³³, é possível entender os ecossistemas digitais como redes de atores econômicos distintos que ofertam produtos com variados graus de complementaridades com base em uma estrutura de relações de interdependência não hierarquizadas⁸³⁴ e alinhadas para a criação de valor econômico a partir de tecnologias digitais modulares⁸³⁵.

A formação de ecossistemas digitais tornou-se uma estratégia comum das GAFAM nos últimos anos. Essas empresas têm investido principalmente na construção de "ecossistemas de consumo"⁸³⁶ ou "ecossistemas multiprodutos"⁸³⁷, nos quais determinada empresa oferece um conjunto de serviços e produtos complementares ou interdependentes em relação a uma plataforma central. Essa organização faz com que o valor econômico total dos produtos e serviços para os consumidores no ecossistema seja maior do que aquele observado a partir de ofertas isoladas⁸³⁸.

Os ecossistemas digitais de consumo são estruturados principalmente com base em tecnologias modulares, sobretudo em *big data*, que permitem à empresa controladora identificar as demandas dos usuários por aqueles serviços complementares ou interdependentes⁸³⁹. Como exemplos de ecossistemas digitais, podemos citar o ecossistema do *Google*, que inclui produtos como *Google Search*, *Google Docs*, *Google Play*, *Google Drive*, *Google Translate*, *Gmail*, *Google Maps*, *Google Shopping*, *Google Home*, *YouTube* etc.⁸⁴⁰. No mesmo diapasão, a *Apple* tem ecossistema próprio estruturado na modularidade dos seus produtos, como o seu sistema operacional *iOS* e os seus aplicativos como *iCloud*, *iMessenger* e outros indistintamente compatíveis com *iPhones*, *iPads*, *Apple Watch* e os demais *hardwares* produzidos pela empresa.

⁸³³ A expressão "ecossistemas" surge na literatura econômica quase como uma metáfora de uma comunidade de atores cujos modelos de negócios interagem reciprocamente (MOORE, J. F. Business ecosystems and the view from the firm. *The Antitrust Bulletin*, v. 51, n. 1, p. 33, 2006).

⁸³⁴ JACOBIDES, M. G.; CENNAMO, C.; GAWER, A. Towards a theory of ecosystems. *Strategic Management Journal*, v. 39, n. 8, p. 2264, 2018.

⁸³⁵ SUBRAMANIAM, M. Digital ecosystems and their implications for competitive strategy. *Journal of Organization Design*, v. 9, n. 12, p. 3, 2020 ("ecosystems become digital when their underlying interdependencies are propelled by digital technologies and associated data connectivity").

⁸³⁶ JENNY, F. Competition law and digital ecosystems: learning to walk before we run. *SSRN Electronic Journal*, p. 5, mar. 2021.

⁸³⁷ FLETCHER, A. Digital competition policy: are ecosystems different? *Submissão para o 134º encontro do Comitê de Concorrência da OCDE*, p. 2, dez. 2020.

⁸³⁸ JACOBIDES, M. G.; CENNAMO, C.; GAWER, A. Towards a theory of ecosystems. *Strategic Management Journal*, v. 39, n. 8, p. 2257, 2018 ("the ecosystem concept is intended to capture the link between a core product, its components, and its complementary products/services ('complements'), which jointly add value for customers").

⁸³⁹ LIANOS, I. Competition law for a complex economy. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 50, n. 6, p. 646, 2019.

⁸⁴⁰ FLETCHER, A. Digital competition policy: are ecosystems different? *Submissão para o 134º encontro do Comitê de Concorrência da OCDE*, pp. 2-3, dez. 2020.

A lógica econômica dos ecossistemas traz implicações relevantes para a análise concorrencial. Nesse sentido, estudos recentes têm ressignificado a natureza do poder de mercado de empresas como as GAFAM, destacando que a sua capacidade de alterar o processo competitivo pode atualmente ser explicada pela sua posição central em um ecossistema, que lhes permite explorar relevantes assimetrias de informações e controlar os fluxos das transações estabelecidas entre os diferentes elos do ecossistema⁸⁴¹.

Esse poder de interferir nos fluxos de informação no ecossistema pode ter repercussões na concorrência que a plataforma enfrenta com terceiros nos segmentos de produtos e serviços complementares, haja vista que a plataforma central pode recusar o acesso a aplicativos concorrentes ou, de alguma maneira, favorecer os seus serviços próprios⁸⁴². O *Google*, por exemplo, dominante no mercado "principal" de buscas, compete no mercado de "comparações de preço" com empresas como *Buscapé*, *Bondfaro* etc., e pode optar por privilegiar a exibição do *Google Shopping* nos resultados de suas buscas⁸⁴³. De maneira semelhante, a *Apple*, além de controlar o sistema de pagamentos da loja de aplicativo da *Apple Store*, vende aplicativos próprios, pode impor custos adicionais aos concorrentes nesse último mercado para excluí-los⁸⁴⁴.

Assim, temos, mais uma vez, um importante aspecto diferencial da concorrência dinâmica entre plataformas digitais que desaconselha a simples invocação das abordagens neoschumpeterianas e de *path dependence*. Para os fins deste Capítulo, será necessário observar que a formação dos ecossistemas passa a exigir novas compreensões sobre como as plataformas digitais dominantes podem interferir nas oportunidades de inovação intraecossistema, em conformidade com o que será apresentado em seguida.

3.2. Teorias do dano de concorrência dinâmica

Após examinar as particularidades da competição por inovação em mercados digitais, exploraremos propostas de definição de teorias do dano de concorrência dinâmica que podem ser aplicadas a casos de abuso de posição dominante por condutas de exclusão. Nesse sentido, entendemos que essas teorias do dano podem ajudar as autoridades antitruste a compreender,

⁸⁴¹ LIANOS, I.; CARBALLA, B. Economic power and new business models in competition law and economics: ontology and new metrics. *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series: 3/2021*, v. 1, n. 1, pp. 23–26, 2021. Esse debate será oportunamente aprofundado no item 2.3 do Capítulo 5.

⁸⁴² "in digital ecosystems, the core ecosystem platform may refuse access to applications that compete with its own applications. If third party applications are allowed, the platform may discriminate in favour of its own services to the detriment of the services offered by independent providers of complementary services".

⁸⁴³ Vide item 2.4 do Capítulo 6.

⁸⁴⁴ Esse tipo de alegação está no cerne das investigações abertas contra a *Apple* pela cobrança de taxas fixas de aplicativos de terceiros na loja da *Apple Store*. Para aprofundamento, cf. GERADIN, D.; KATSIFIS, D. The antitrust case against the Apple App Store. *TILEC Discussion Paper No. DP2020-035*, v. 17, n. 3, p. 58 e ss., 2020.

principalmente, a capacidade e o incentivo econômico dos agentes dominantes de adotarem condutas unilaterais que poderiam afetar os incentivos à inovação, bem como as oportunidades de eficiências dinâmicas que devem ser protegidas pela intervenção antitruste.

3.2.1. Redução dos incentivos à inovação

Como descrito acima, os debates contemporâneos sobre o nível ótimo de intervenção antitruste em plataformas digitais refletem, na sua essência, divergências da teoria econômica quanto à capacidade de os mercados digitais superarem as tendências de aprisionamento e concederem espaço ao surgimento de inovações. A fim de superar as encruzilhadas postas às autoridades antitruste pelo debate acadêmico, a releitura das teorias de concorrências dinâmicas proposta nesta tese pretende se fazer agnóstica quanto aos debates sobre as relações ideais entre estruturas de mercado e taxas de inovação⁸⁴⁵.

As divergências em torno das teses de SCHUMPETER e ARROW dificultam a aplicação da lei antitruste baseada em uma perspectiva de concorrência dinâmica, tendo em vista que elas levam as autoridades antitruste a fazer escolhas prognósticas entre privilegiar opções de eficiências de curto ou de longo prazo⁸⁴⁶. Para contornar esse obstáculo, esta tese filia-se à posição de autores como GILBERT⁸⁴⁷, BAKER⁸⁴⁸, SHAPIRO⁸⁴⁹ e outros⁸⁵⁰, que propõem uma superação do embate ARROW *versus* SCHUMPETER a partir do reconhecimento de que essas duas visões não são necessariamente incompatíveis, pelo menos naquilo considerado relevante para a política antitruste.

Nesse sentido, como sustenta GILBERT⁸⁵¹, a existência de diferentes modelos econômicos de P&D não deve levar à conclusão de que não há perspectivas coerentes sobre a relação entre estrutura de mercado e inovação. Na realidade, os modelos disponíveis na literatura estabelecem previsões claras em conformidade com os elementos envolvidos na análise das características específicas dos mercados analisados.

⁸⁴⁵ Vide item 3.1 do Capítulo 1.

⁸⁴⁶ BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? *In*: JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. pp. 82–97.

⁸⁴⁷ GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, v. 6, pp. 159–215, 2006.

⁸⁴⁸ BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007. ("the modern economic understanding about the relationship between competition and innovation goes beyond Schumpeter and Arrow by suggesting ways for antitrust rules and enforcement efforts to target types of industries and types of conduct").

⁸⁴⁹ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 361–404, mar. 2011.

⁸⁵⁰ MOTTA, M. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 54. ("both theoretical and empirical research on the link between market structure and innovation is not conclusive, even though a 'middle ground' environment [...] might be the most conducive to R&D output").

⁸⁵¹ GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation policy and the economy*, v. 6, pp. 159–215, 2006.

Como pontua o autor, "não significa dizer que não temos um modelo de estrutura de mercado de P&D, mas sim que temos muitos modelos, e é importante saber qual se adéqua a cada contexto de mercado" (tradução livre)⁸⁵². Posição semelhante é reverberada por KERBER⁸⁵³, ao sustentar que a suposta inconclusividade da relação entre estrutura de mercado e inovação não desencadeia uma paralisia do antitruste, apenas ressalta que os *standards* tradicionais de concentração econômica podem desempenhar papel muito menor nessa análise, de maneira que outras características dos mercados podem ser muito mais importantes a depender das características do setor.

Do ponto de vista da formulação da política antitruste, a suposta incompatibilidade entre as visões de SCHUMPETER e ARROW é buscada na estruturação de princípios normativos para a análise antitruste que integram ambas as perspectivas. Para BAKER, as visões opostas sobre a relação entre estrutura de mercado e inovação podem ser harmonizadas em quatro princípios úteis para a complementação dessas perspectivas:

- **Princípio 1:** a concorrência pelo desenvolvimento de produtos ou processos coincidentes favorece a inovação. Quando várias empresas disputam a descoberta de determinada inovação, como em uma corrida por uma patente, a competição claramente favorece a inovação.
- **Princípio 2:** a concorrência entre empresas que produzem bem ou serviço existente incentiva os concorrentes a buscarem novas formas de diminuir custos, aumentar a qualidade ou desenvolver novos produtos. Em outras palavras, as empresas que enfrentam menos pressões competitivas atuais têm menos incentivo a "fugir" da competição ao desenvolver novos produtos.
- **Princípio 3:** as empresas que esperam sofrer muita pressão competitiva após a inovação terão menos incentivos a inovar. Se não for garantido que a empresa inovadora terá benefícios superiores, ela certamente não terá interesse em se engajar em atividades de P&D.
- **Princípio 4:** a empresa terá incentivos adicionais a inovar se, ao fazê-lo, puder desencorajar competidores de investirem em P&D⁸⁵⁴.

⁸⁵² "It is not that we don't have a model of market structure and R&D, but rather that we have many models and it is important to know which model is appropriate for each market context" (GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation policy and the economy*, v. 6, p. 164, 2006).

⁸⁵³ KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, p. 8, 2017. Nesse texto, o autor sustenta que a inconclusividade da teoria econômica não seria necessariamente um embaraço ao antitruste dinâmico, posto que há uma plêiade de teorias (schumpeterianas, evolucionárias e austríacas) que podem ser incorporadas para aprimorar as políticas de defesa da concorrência.

⁸⁵⁴ BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 579–581, 2007.

A principal contribuição de BAKER para o debate é o reconhecimento de que a política antitruste não precisa de respostas gerais sobre a relação entre concorrência e inovação. Não obstante inexistentem comprovações da estrutura de mercado ideal para a inovação, os princípios esclarecidos acima permitem que as autoridades identifiquem seletivamente configurações de mercados e tipos específicos de conduta em que se sabe que o *enforcement* poderá promover a inovação⁸⁵⁵.

Perspectiva semelhante a essa é advogada por SHAPIRO⁸⁵⁶. O autor reconhece que, a despeito da inexistência de uma fórmula universalmente válida, as premissas de SCHUMPETER e ARROW são amplamente convergentes, uma vez que, se por um lado a expectativa de retornos extraordinários induz a inovação, por outro, a abertura do processo competitivo e a possibilidade de novas entradas são críticas para o processo de inovação. De forma bastante convergente com a proposta de BAKER, SHAPIRO oferece três princípios-guia, que interagem e harmonizam essas perspectivas:

- **Princípio da contestabilidade:** a expectativa de ganhar ou proteger vendas gera maior valor aos consumidores e incentiva a inovação.
- **Princípio da apropriabilidade:** quanto maior a capacidade da empresa de capturar os benefícios da inovação, maior será o seu incentivo para inovar.
- **Princípio da sinergia:** a combinação de ativos complementares pode estimular a inovação⁸⁵⁷.

A integração desses princípios permite que a política antitruste se conscientize de seu verdadeiro papel no contexto da relação entre concorrência e inovação. Principalmente na análise de condutas unilaterais de plataformas digitais, não se deve investigar se as estruturas de mercado mais ou menos concentradas são mais ou menos propensas à inovação, até mesmo porque não é função do antitruste construir a política de inovação nos mercados⁸⁵⁸. O que se coloca em discussão é se uma conduta anticompetitiva que tem o potencial de excluir um rival é eventualmente capaz de beneficiar os consumidores ao promover a concorrência por inovação ou de prejudicá-los ao retardá-la⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007.

⁸⁵⁶ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 361–404, mar. 2011.

⁸⁵⁷ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 363–365, mar. 2011.

⁸⁵⁸ DELLER, D. *et. al.* Competition and innovation in digital markets. *BEIS Research Paper Number: 2021/040 Report*, v. 1, pp. 12–13, abr. 2021.

⁸⁵⁹ SHAPIRO, C. Competition and innovation did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 363–367, mar. 2011.

Assim, no entendimento do proposto pelos autores mencionados, esta tese estabiliza como uma primeira teoria do dano aplicável ao controle de condutas unilaterais a ideia de que uma plataforma dominante pode retardar a inovação nos mercados digitais ao violar os princípios da contestabilidade, da apropriabilidade e das sinergias. Consoante será abordado no Capítulo 6, o manejo dessa abordagem de teoria do dano permite que o CADE faça uma análise antitruste da inovação compatível com a regra da razão⁸⁶⁰.

3.2.2. Restrição das oportunidades de disrupção

Além das teorias neoschumpeterianas, as teorias de inovações disruptivas têm sido invocadas por aqueles que defendem que o poder de mercado de grandes agentes econômicos tenderia a se autocorriger, o que pesaria pelo afastamento da intervenção antitruste. Esse é o mote de trabalhos como os de EVANS⁸⁶¹, NAZZINI⁸⁶² e muitos outros⁸⁶³, os quais sustentam que mercados baseados na internet seriam tendentes a uma forte transição nas posições de liderança diante do rápido desenvolvimento tecnológico.

Esses estudos, via de regra, invocam histórias sobre como as GAFAM implementaram inovações disruptivas e venceram incumbentes consolidados. São frequentes na literatura as narrativas sobre como o *Google* desbancou o *AltaVista*⁸⁶⁴, que era líder nas ferramentas de buscas até o início dos anos 2000; sobre como o *Facebook* superou o *MySpace* no segmento de redes sociais; ou sobre como a *Apple* revolucionou a indústria de *smartphones* e de sistemas operacionais móveis.

⁸⁶⁰ Vide Capítulo 6.

⁸⁶¹ EVANS, D. S. Multisided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for internet-based firms. *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, v. 753, n. 1, p. 3; p. 28, 2016; e EVANS, D. S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–37, 2017 (argumenta que as últimas duas décadas de competição de plataformas *online* demonstrariam que os líderes de cada categoria seriam derrubados inesperadamente).

⁸⁶² NAZZINI, R. Online platforms and antitrust: evolution or revolution? *CPI Antitrust Chronicle September 2018*, v. 5, n. 5, p. 4, 2018 ("in digital markets, disruptive innovation is particularly relevant").

⁸⁶³ GRAEF, I; WAHYUNINGTYAS, S. Y.; VALCKE, P. How Google and others upset competition analysis: disruptive innovation and European competition law. *Conference Paper 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS)*, Bruxelas, Bélgica, 2014; e SCHREPEL, T. F. Hayek's contribution to antitrust law and its modern application. *Global Antitrust Review*, pp. 199–216, 2014.

⁸⁶⁴ Para uma análise detalhada desse processo, cf. BATTELLE, J. *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*. Boston: Nicholas Brealey Publishing, 2005. pp. 46-57. O sucesso do *Google* sobre empresas como *AltaVista*, *Yahoo* e *Lycos* deveu-se, sobretudo, à qualidade do seu algoritmo de busca, o *PageRank*, que conseguia fornecer resultados de *websites* considerando a sua reputação. Para uma explicação sobre a vantagem competitiva dessas inovações, cf. DEVINE, K. L. Preserving competition in multi-sided innovative markets: how do you solve a problem like Google? *North Carolina Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 1, pp. 71–76, 2008; e VANBERG, A. D. From Archie to Google: search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law. *European Journal of Law and Technology*, v. 3, n. 1, pp. 1–18, 2012.

Em certa medida, essas anedotas são mesmo valiosas para a compreensão do processo competitivo dinâmico entre plataformas digitais. Elas demonstram que os efeitos de redes indiretos e o grande acúmulo de dados não são necessariamente capazes de garantir um nível de poder de mercado que isole os agentes dominantes das forças do processo competitivo dinâmico⁸⁶⁵. Além disso, elas também sugerem que há um forte elemento de incerteza tecnológica nas disputas consecutivas entre as *big techs*.

Entretanto, o fato de empresas como o *Google*, o *Facebook* e a *Microsoft* terem desbancado incumbentes estabelecidos no passado diz muito pouco sobre o comportamento prospectivo nos mercados principais em que essas empresas atuam. Nesse ponto, qualquer análise sobre a competição dinâmica em plataformas não pode desconsiderar as limitações normativas das teorias de disrupção, que se restringem a apontar padrões de comportamentos empresariais e não a fazer previsões sobre o futuro dos mercados⁸⁶⁶.

O fenômeno das inovações disruptivas descreve processos de alocação de recursos que se projetam no tempo, de modo que as chances de disrupção acontecerem no futuro próximo dependem de fatores circunstanciais que não são imutáveis na trajetória histórica. Por essa razão, alguns autores afirmam que somente é possível garantir que houve efetivamente uma inovação disruptiva quando se olha pelo retrovisor.

Justamente por não ser possível antecipar o surgimento de disrupções, a ideia de que os mercados digitais tenderiam prospectivamente à reorganização das empresas líderes tem sido refutada em diversos estudos recentes, como os desenvolvidos pela *Competition and Markets Authority* (CMA)⁸⁶⁷ e pela *Australian Competition & Consumer Commission* (ACCC)⁸⁶⁸. Tais estudos assumem que a persistência da liderança de empresas como *Facebook* e *Google*, nos últimos vinte anos, nos mercados de redes sociais e ferramentas de buscas, seria uma prova do equívoco da narrativa de disrupção permanente.

⁸⁶⁵ HOVENKAMP, H. Antitrust and platform monopoly. *Faculty Scholarship at Penn Law*. 2192, pp. 28–36, 2021.

⁸⁶⁶ PETIT, N. Technology giants, the "mologopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, p. 40, out. 2016 ("short of clear metrics of successful or unsuccessful disruption, the theory has little predictive power").

⁸⁶⁷ CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: CMA, 2020, p. 112. ("general search is now subject to significant barriers to entry and expansion, which together limit the current and potential competitive threat faced by Google").

⁸⁶⁸ AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Digital platforms inquiry*. Canberra: ACCC Publisher, 2019. p. 66 ("Google is insulated from dynamic competition by barriers to entry and expansion for search platforms, due to Google's advantages of scope, and its acquisition strategy").

Nesse mesmo sentido, autores como NEWMAN⁸⁶⁹ E STUCKE⁸⁷⁰ argumentam que, não obstante as *big techs* tenham surgido de processos disruptivos, a partir da década de 2010, esses mercados teriam atingido um grau de elevada maturidade, com baixa variação de *market share* e pequeno número de entradas significativas recentes. A concentração de grandes quantidades de dados combinada com o uso de técnicas avançadas de *machine learning* e inteligência artificial sugeriria que as empresas hoje dominantes estariam, na realidade, mais bem posicionadas para as próximas ondas de mudanças tecnológicas⁸⁷¹.

Ao nosso ver, nenhuma das duas abordagens parece compatível com uma internalização coerente da teoria de inovações disruptivas. Embora realmente não se possa confiar de forma cega na ideia de que as *big techs* serão automaticamente desbancadas nos seus segmentos principais, os diagnósticos firmados na análise de participações de mercados atuais tampouco se apresentam confiáveis no contexto de inovações disruptivas⁸⁷².

Esta última perspectiva parece negligenciar o fato de as inovações disruptivas, na sua própria acepção, fugirem ao atendimento de preferências históricas dos consumidores consolidados. Seja nos mercados digitais ou em qualquer outro, o fator sugestivo da presença de um disruptor é justamente a aposta em um produto que ou endereça consumidores de baixo nível (*low-end costumers*) ou, até mesmo, constitui um novo mercado em si.

Por isso, o exame das participações de *market share*, ou mesmo de entradas recentes, pode ser pouco informativo, na medida em que se limita à formulação de um juízo histórico de substitutibilidade pelo lado da demanda e considera pouco o grau de diferenciação dos produtos examinados. Na realidade, a relativização da análise estática de *market share* já tem sido adotada ao menos na revisão de fusões entre plataformas digitais⁸⁷³.

Examinar a concorrência entre as *big techs* a partir de uma abordagem de disrupção, portanto, requer que se tente identificar movimentos de mercado os quais denotem que (i) há um descolamento entre a trajetória de preferências históricas dos consumidores atendidos pelos

⁸⁶⁹ NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, v. 72, n. 5, p. 1522, 2019 ("the relevant markets have been characterized not by the gale of creative destruction described by Schumpeter, but by entrenched and unchecked dominance").

⁸⁷⁰ STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, pp. 304–305, 2018.

⁸⁷¹ HEMPHILL, C. S. Disruptive incumbents: platform competition in an age of machine learning. *New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper*, n. 19, p. 1977, 2019; e FURMAN, J. et. al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 41.

⁸⁷² As teorias de concorrência dinâmica exploradas no Capítulo 1, a propósito, são uníssonas em reconhecer a fragilidade da formulação de juízos de poder de mercado com base apenas na radiografia estática de *market shares*. A esse respeito, cf. SIDAK, G. J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, Pp. 581–631, 2009; e OCDE. Key points of the hearing on disruptive innovation. *Background Paper by the Secretariat*, v. 66, n. 2, p. 5, 2017.

⁸⁷³ HOFFMANN, J.; JOHANNSEN, G. EU-merger control & big data on data-specific theories of harm and remedies. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, n. 19, p. 26, 2019.

incumbentes e a curva de demanda de consumidores na base de mercado existente ou de um novo mercado; e (ii) há entrantes que buscam explorar essas oportunidades. É evidente que esse tipo de predição, pelos motivos já apresentados, restringe-se ao desenho de cenários que podem ou não se concretizar.

Nos mercados de buscas *online* e de redes sociais, é possível identificar tendências recentes que sugerem que, apesar da consolidação da sua liderança respectivamente nos mercados de ferramentas de buscas e de redes sociais, há potenciais entrantes que podem ressignificar o modelo de negócio adotado pelos atuais incumbentes. No primeiro caso, à medida que o *Google* tem se tornado alvo de investigações antitruste e de um maior escrutínio regulatório voltado à proteção da privacidade dos usuários, verifica-se que algumas *start-ups* com elevado financiamento de *venture capital* tem se colocado como alternativa, trazendo adaptações do modelo de negócio que podem endereçar a preferência de consumidores da base do mercado (*low-end costumers*)⁸⁷⁴.

A *Neeva*, empresa fundada por dois ex-executivos do *Google*, por exemplo, aposta na criação de uma ferramenta de busca remunerada por assinaturas, que não veicularia anúncios publicitários e adotaria uma política mais rígida de privacidade em relação à adotada pelo *Google Search*⁸⁷⁵. Paralelamente, outras *big techs* cujo *core business* não é voltado para o mercado de ferramentas de buscas *online* recentemente têm ameaçado a posição dominante do *Google* em um movimento de entradas indiretas⁸⁷⁶.

A maior dessas ameaças parece vir da *Apple*, que tem desenvolvido internamente suas capacidades de busca e, em 2020, lançou uma nova versão do seu sistema operacional (*iOS 14*), que contém ferramenta que mostra os seus próprios resultados de busca e *links* diretos para *websites* quando os usuários digitam consultas a partir de sua tela inicial do *iOS*⁸⁷⁷. A *Apple* é vista como forte concorrente potencial no mercado de buscas por ser uma das poucas empresas que detém recursos suficientes para indexar a *web* a partir do zero, diferentemente de concorrentes menores, como o *DuckDuckGo*, que licencia o seu índice do *Bing* da *Microsoft*.

⁸⁷⁴ BRADSHAW, T. Search engine start-ups try to take on Google. *The Financial Times*, 2020. ("a new batch of search engine start-ups positioning themselves as potential rivals to Google is hoping that growing regulatory pressure will finally reverse two decades of the search giant's dominance").

⁸⁷⁵ WAKABAYASHI, D. A former Google Executive takes aim at his old company with a start-up. *The New York Times*, 2020.

⁸⁷⁶ PETIT, N. Big tech platforms and Schumpeter's creative destruction. *Pro-Market*, 2020. Essa constatação, aliás, remete à pressão competitiva que as *big techs* exercem entre si fora de seus mercados principais. EVANS, D. S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies. *SSRN Electronic Journal*, p. 22, 2017 ("unlike the largest firms at previous points in time, these large Internet firms compete with each other across a range of products and services, despite each having gotten a toehold in the digital economy doing completely different things from one another").

⁸⁷⁷ BRADSHAW, T.; MCGEE, P. Apple develops alternative to Google Search. *The Financial Times*, 2020.

Movimentos semelhantes podem ser observados nas redes sociais. A despeito da liderança estática do *Facebook*, na última década, houve entradas significativas de empresas como *Instagram*, *Snapchat* e *TikTok*⁸⁷⁸. Para além do potencial de captação de *market share* dos entrantes, porém, é importante notar que alguns *players* parecem apostar em estratégias disruptivas que não reproduziam as mesmas características dos incrementos marginais da rede social incumbente, o que levou, inclusive, o *Facebook* a copiar muitas dessas novidades.

Nesse aspecto, enquanto o foco do *Facebook* é a interação direta entre os seus usuários, os seus principais concorrentes se diferenciam por investirem mais na própria funcionalidade de produção e distribuição de conteúdo, sendo o perfil de rede social uma decorrência do sucesso desse meio⁸⁷⁹. No caso do *Instagram*, cuja aquisição pelo *Facebook* tem sido investigada nos EUA justamente pelo seu efeito de sufocamento de um concorrente potencial, o aplicativo despontou como forte concorrente porque agregava inovações arquitetônicas relevantes e recursos sofisticados de fotos acessíveis a usuários não profissionais. Em relação ao caso do *Snapchat* e do *TikTok*, as duas redes sociais priorizaram a exibição de vídeos, que são uma forma de conteúdo muito mais atrativa e dinâmica do que imagens e textos que, no início, compunham o *feed* do *Facebook*⁸⁸⁰.

As incertezas que permeiam o surgimento de inovações disruptivas tornam temerárias quaisquer afirmações peremptórias, seja no sentido de prever com segurança uma abertura permanente dos mercados à inovação, seja de descartar qualquer possibilidade de novas entradas com base em diagnósticos estáticos. Por isso, a adaptação das metodologias do antitruste para uma abordagem de concorrência dinâmica em plataformas digitais deve ser instruída não a partir da valorização do perfil normativo das teorias de disrupção, mas a partir do enquadramento das tendências e dos comportamentos das plataformas digitais na própria dimensão de contestabilidade⁸⁸¹.

Essa forma de aproveitar as teorias de inovações disruptivas no debate sobre as *big techs*, a rigor, tem sido sugerida, mesmo que parcialmente, em trabalhos mais recentes. Nesse sentido, PETIT⁸⁸², ao revisar as declarações feitas pelas *big techs* perante autoridades norte-americanas,

⁸⁷⁸ YUN, J. M.; SCALIA, A.; MASON, G. Does antitrust have digital blind spots? *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, pp. 34–35, maio 2020; e HOVENKAMP, H. Antitrust and platform monopoly. *Faculty Scholarship at Penn Law*, p. 36, 2021.

⁸⁷⁹ THOMPSON, B. Clubhouse's inevitability. *Stratechery*, 2021. ("the discussion of all of these different networks really does highlight how Facebook is unique: while Twitter, Instagram, YouTube, and TikTok are all first and foremost about the medium, and only then the network, Facebook is about the network first").

⁸⁸⁰ THOMPSON, B. The TikTok war. *Stratechery*, 2020.

⁸⁸¹ Defendemos essa abordagem em FERNANDES, V. O. Disruptive innovations on digital platforms: lessons from Epic Games v. Apple in the U.S. and Rappi v. iFood in Brazil. *Competition Policy International. CPI Columns Latin America*, 2021.

⁸⁸² PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 124. ("Taken together, big tech firms' declarations are suggestive of a high degree of subjective vulnerability to new

diagnostica que essas empresas se manifestam paranoicas com os riscos de serem desbancadas por inovadores disruptivos. Embora essas declarações possam ser vistas com ceticismo, se as teorias de fracassos dos incumbentes são virtualmente ensinadas em todas as escolas de administração, faz sentido pressupor que elas orientam a atuação dos executivos que comandam essas grandes empresas⁸⁸³. Esse reconhecimento gera implicações relevantes para a análise antitruste. Sendo ou não prováveis os riscos de disrupção, os agentes dominantes estarão atentos para se defender de eventuais novas entradas.

Partindo dessas compreensões, definimos a nossa segunda teoria do dano de concorrência dinâmica. Assentamos que as plataformas digitais dominantes podem prejudicar a inovação ao adotarem medidas que visam a proteger a sua posição dominante atual dos riscos de disrupção impostos por terceiros inovadores⁸⁸⁴. Essa teoria do dano tem campo fértil de aplicação na análise de condutas de exclusão.

As plataformas digitais incumbentes podem adotar estratégias comerciais voltadas a impedir terceiros inovadores de acessarem os consumidores *lower-end* que se conectam à rede de valor principal ou a dificultar a interface entre essa rede de valor controlada pelo incumbente e a rede de valor onde a disrupção pode ocorrer⁸⁸⁵. Essas estratégias podem tomar a forma de condutas unilaterais tradicionalmente examinadas pelas autoridades antitruste, como restrições verticais e abusos de direitos de propriedade intelectual⁸⁸⁶.

Não é tarefa simples diferenciar quando as condutas de plataformas incumbentes destinadas à proteção da sua posição de dominância serão ou não ilícitas. Todavia, esse *insight* abre janela para uma nova compreensão das possíveis repercussões de condutas unilaterais sobre as oportunidades de inovação digital.

3.2.3. Recusa de acesso a recursos-chave para inovação

O pensamento da Escola de Chicago tem dificuldades em lidar com a inovação especialmente por se basear em teorias microeconômicas que priorizam o exame das forças de

firm entry, competition, and expansion"). No livro, o autor sustenta que as *big techs* operam em um ambiente de descontinuidade, o que quer dizer que mudanças, eventos e transformações alteram o ambiente competitivo realocando estratégias de vantagens e desvantagens competitivas entre incumbentes. As descontinuidades orientam-se, principalmente, por mudanças tecnológicas, novas entradas e transformações regulatórias.

⁸⁸³ PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 125.

⁸⁸⁴ STREEL, A.; LAROUCHE, P. Disruptive innovation and competition policy enforcement. *OECD Working Paper DAF/COMP/GF*, pp. 6–7, 2015.

⁸⁸⁵ STREEL, A.; LAROUCHE, P. Disruptive innovation and competition policy enforcement. *OECD Working Paper DAF/COMP/GF*, pp. 7–8, 2015.

⁸⁸⁶ STREEL, A.; LAROUCHE, P. Disruptive innovation and competition policy enforcement. *OECD Working Paper DAF/COMP/GF*, pp. 7–8, 2015.

concorrência nos limites de uma estrutura de mercado pré-definida. A intervenção antitruste tradicional concentra-se principalmente em intensificar os fatores "intramercado" capazes de disciplinar o exercício de uma posição dominante, em especial as elevadas pressões de desvio de demanda e a manutenção de baixas barreiras à entrada.

A possibilidade de um agente econômico obter vantagens competitivas a partir do desenvolvimento de produtos ou serviços que agregam valor à sua oferta é comumente desconsiderada. Os modelos de concorrência perfeita, a rigor, tendem a ser indiferentes em relação às formas de organização interna dos recursos dentro de uma empresa.

Para superar as limitações da abordagem estática de concorrência e caminhar no sentido de priorizar ganhos de eficiências dinâmicas, alguns autores⁸⁸⁷ contemporâneos têm defendido que a análise antitruste na economia digital pode se beneficiar do diálogo com a literatura de administração, em especial a partir da internalização das contribuições da abordagem baseada em recursos e da teoria de capacidades dinâmicas.

A abordagem baseada em recursos foi desenvolvida no campo dos estudos de gerenciamento estratégico a partir dos trabalhos clássicos de PENROSE⁸⁸⁸ E BARNEY⁸⁸⁹. Ela herda premissas intelectuais de diversas correntes da teoria econômica, incluindo a teoria comportamental da empresa, a economia do custo de transação e, até certo ponto, a economia evolutiva⁸⁹⁰, e se propõe a explicar como as empresas podem atingir vantagens competitivas sustentáveis em ambientes expostos à intensa competição fundada na inovação.

A teoria de capacidades dinâmicas, por sua vez, foi desenvolvida principalmente a partir dos trabalhos de TEECE⁸⁹¹ e se centra na compreensão de que os agentes econômicos podem fugir da condição de lucro zero e obter vantagens competitivas duradouras a partir da adoção de estratégias de diferenciação de produtos. Para que essas estratégias sejam exitosas, os gerentes e empresários

⁸⁸⁷ Nesse sentido, cf. PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data, and competition policy: favoring dynamic over static competition. *Industrial and Corporate Change*, n. 1, pp. 1–31, 2021; COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, pp. 305–343, 2019; BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, mar. 2019.

⁸⁸⁸ PENROSE, E. *The theory of the growth of the firm*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. pp. 21–27 (o autor sustenta que a empresa é mais do que uma unidade administrativa, é um agregado de recursos produtivos que podem ser empregados com diferentes usos ao longo do tempo e que podem ser determinados por decisões empresariais. A capacidade gerencial dos empresários de aproveitarem recursos internos tangíveis e intangíveis torna-se decisiva para a lucratividade da empresa e sua competitividade).

⁸⁸⁹ BARNEY, J. Firm resources and sustained competitive advantage. *Journal of Management*, v. 17, n. 1, pp. 99–120, 1991.

⁸⁹⁰ TEECE, D. J. *Dynamic capabilities and strategic management*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. pp. 82–83.

⁸⁹¹ TEECE, D. J.; PISANO, G.; SHUEN, A. Dynamic capabilities. *Strategic Management Journal*, v. 18, pp. 509–533, abr. 1997 (o modelo proposto pelos autores sugere que, para as empresas que atuam em mercados dinâmicos, a lucratividade depende mais do aperfeiçoamento de processos tecnológicos internos, organizacionais e gerenciais do que propriamente de estratégias comerciais como aumento dos custos de rivais e elevação de barreiras à entrada).

devem identificar novas oportunidades de negócios relacionadas ao aproveitamento de recursos internos da empresa, em especial daqueles ativos escassos, induplicáveis e especializados, como conhecimentos e habilidades intangíveis⁸⁹².

A aptidão de constantemente descobrir e explorar novas oportunidades é justamente o que define as capacidades dinâmicas, as quais podem ser compreendidas como o conjunto de habilidades empresariais que permitem ao agente econômico "sentir, apreender e se adaptar para gerar e explorar competências internas e externas específicas da empresa, tornando possível lidar com a sua constante evolução" (tradução livre)⁸⁹³. Elas se diferem das "capacidades ordinárias", que podem ser obtidas por simples trocas de mercado. Ao fim e ao cabo, as capacidades dinâmicas traduzem-se em sistemas de gestão e *designs* organizacionais internos que conferem uma vantagem competitiva duradoura⁸⁹⁴.

Tanto a abordagem baseada em recursos quanto a teoria de capacidades dinâmicas permitem deslocar o foco da competição para além dos mercados relevantes atuais⁸⁹⁵. Essas correntes invocam importantes estudos de gestão estratégica, como os trabalhos de PORTER⁸⁹⁶, os quais destacam que a lucratividade das empresas é determinada por cinco fatores de pressão competitiva, que podem ser didaticamente agregados em (i) forças de concorrência horizontal – concorrência imposta por produtos substitutos, concorrência imposta por novos entrantes no setor e concorrência imposta por rivais estabelecidos; e (ii) forças de concorrência vertical – concorrência imposta pelo poder de barganha de fornecedores e compradores⁸⁹⁷. A estrutura das cinco forças da concorrência é ilustrada na figura a seguir:

⁸⁹² TEECE, D. J.; PISANO, G.; SHUEN, A. Dynamic capabilities. *Strategic Management Journal*, v. 18, pp. 515-516, abr. 1997.

⁸⁹³ TEECE, D. J. *Dynamic capabilities and strategic management*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. pp. 87–88.

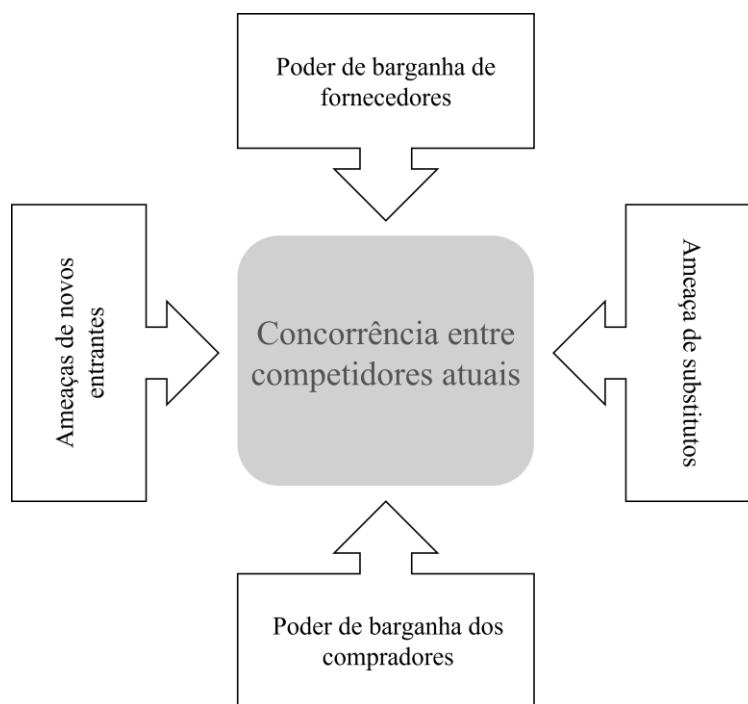
⁸⁹⁴ TEECE, D. J. *Dynamic capabilities and strategic management*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. P. 87.

⁸⁹⁵ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, p. 27, 2020.

⁸⁹⁶ PORTER, M. E. The five competitive forces that shape strategy. *Harvard Business Review*, v. 86, n. 1, pp. 24–41, 2008.

⁸⁹⁷ PORTER, M. E. The five competitive forces that shape strategy. *Harvard Business Review*, v. 86, n. 1, p. 27, 2008.

Figura 10 – Modelo de cinco forças proposto por Porter (2008)



Fonte: PORTER, M. E. The five competitive forces that shape strategy. *Harvard Business Review*, v. 86, n. 1, pp. 24–41, 2008.

O interesse renovado pela abordagem baseada em recursos e pela teoria de capacidades dinâmicas na literatura antitruste recente deve-se à constatação fática – e de certo modo dedutiva – de que, nos mercados digitais, as *big techs* obtêm vantagens competitivas sustentáveis por meio de diversas estratégias comerciais que alteram diretamente a estrutura dos mercados para que essas empresas possam ocupar uma posição em que as forças de concorrência horizontal e vertical sejam menos intensas⁸⁹⁸.

Além disso, a disputa por inovação nos mercados digitais se concentra no controle e na gestão de ativos-chave para o processo inovador baseado em dados⁸⁹⁹. Esses ativos, que frequentemente são modulares, podem ser continuamente combinados e recombinados para gerar valor de mercado. Tais características levam à conclusão de que a abordagem baseada em recursos e a teoria de capacidades dinâmicas têm um forte potencial explicativo da concorrência entre plataformas. A capacidade de gerar valor em produtos e serviços digitais a partir dos processos de

⁸⁹⁸ LIANOS, I. Competition law for the digital era: a complex systems' perspective. *CLES Research Paper Series 6/2019*, v. 1, n. 1, pp. 57–58, 2019; PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data, and competition policy: favoring dynamic over static competition. *Industrial and Corporate Change*, v. 00, n. 1, p. 11, 2021 ("in the digital economy, we believe that dynamic competition requires firms to have superior capabilities to (i) astutely orchestrate big data, (ii) deploy artificial intelligence-driven operating models, (iii) act entrepreneurially, while (iv) eschewing bureaucratic decision making"); TEECE, D. J. Innovation, governance, and capabilities: implications for competition policy. *Industrial and Corporate Change*, v. 29, n. 5, p. 1077, 2020.

⁸⁹⁹ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, pp. 31–32, 2020.

inovação baseados em dados, em especial, é vista como determinante para o sucesso ou o fracasso das *big techs*.

Essas lentes explicativas das forças de concorrência entre plataformas digitais geram implicações importantes para a política antitruste. Embora as prescrições concretas possam variar, é possível identificar alguns elos entre os estudos contemporâneos sobre economia digital que incorporam a abordagem baseada em recursos e a teoria de capacidades dinâmicas. Tais estudos convergem no diagnóstico de que, para que as oportunidades de obtenção de eficiências dinâmicas sejam protegidas, as autoridades antitruste devem preservar as condições de concorrência potencial e de concorrência por produtos futuros⁹⁰⁰. Isso pode ser alcançado por meio de uma intervenção que se concentre na manutenção das oportunidades dos rivais de explorarem as suas capacidades dinâmicas livremente⁹⁰¹.

Partindo dessas prescrições normativas – que até este momento se mostram bastante genéricas –, entendemos ser possível extrair uma teoria do dano mais concreta que pode ser entendida como "teoria do dano de restrições de acesso a ativos de inovação"⁹⁰².

Essa teoria do dano cogita que os agentes dominantes podem comprometer as oportunidades de exploração de capacidades dinâmicas se dificultarem o acesso de rivais a determinados recursos-chave, sobretudo em mercados de produtos complementares⁹⁰³. De certa forma, essa teoria foca nas barreiras que podem ser colocadas à obtenção dos *inputs* necessários ao funcionamento dos processos de inovação baseados em dados apresentados acima⁹⁰⁴.

Essa perspectiva sugere uma revisitação das condições pensadas na literatura antitruste para o exame de alegações de recusa de contratar. Nesse sentido, autores como DE STREEL⁹⁰⁵, COSTA-CABRAL⁹⁰⁶ E SCHWEITZER⁹⁰⁷ defendem que os limiares para se determinar que uma plataforma digital compartilhe determinado ativo com um concorrente devem ser mais baixos do que aqueles

⁹⁰⁰ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, p. 1–50, 2020, p. 28.

⁹⁰¹ BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, p. 24, mar. 2019.

⁹⁰² Nomenclatura semelhante é adotada em BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, p. 30, mar. 2019.

⁹⁰³ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, p. 320, 2019.

⁹⁰⁴ KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, pp. 15–66, 2017.

⁹⁰⁵ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, pp. 1–50, 2020; BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, mar. 2019; DE STREEL, A. *et. al. Digital markets act: making economic regulation of platforms fit for the digital age*. [s.l.]: Centre on Regulation in Europe, 2020.

⁹⁰⁶ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, pp. 305–343, 2019.

⁹⁰⁷ SCHWEITZER, H. *et. al. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*. n. 66, 2018.

tradicionalmente pensados na jurisprudência formada de recusa de contratar tradicional – *e.g.* a satisfação do requisito de indispensabilidade do direito comunitário europeu⁹⁰⁸.

De forma mais cautelosa, ainda assim conferindo significativa preocupação com o controle de ativos-chave para inovação, autores como PETIT E TEECE⁹⁰⁹ sugerem a necessidade de ponderar em que medida a imposição compulsória de medidas de compartilhamento pode afetar a percepção de rendas cuja percepção seja fundamental para a inovação. Essa perspectiva, a rigor, não difere muito da noção de apropriabilidade defendida por SHAPIRO discutida acima⁹¹⁰.

Mesmo que adotássemos essa segunda postura mais cautelosa de ponderar o vetor de apropriabilidade, a apreciação de alegações de recusa de contratar em mercados digitais teria que ocorrer sobre bases de reflexão realmente distintas daquelas que tradicionalmente informam a categoria de recusa de contratar⁹¹¹. Nas discussões sobre acesso compulsório a dados, é importante ponderar em que medida o controle de grandes bases de dados é necessário e suficiente para aquisição de vantagens competitivas dinâmicas e se há outras formas de acesso a esses ativos que não comprometam a apropriabilidade.

Assim, não obstante a teoria do dano invocada não necessariamente resulte em *thresholds* mais baixos de negociação compulsória, torna-se evidente para nós que ela pode iluminar testes jurídicos para o controle de condutas que se afastam, por exemplo, da doutrina de *essential facilities* usualmente empregada pelo CADE na análise de restrições verticais.

De acordo com o que será arrazoado no Capítulo 6, a grande dificuldade de implementação dessa teoria do dano consiste em saber quais são os padrões probatórios mais adequados para a demonstração de justificativas relacionadas à prática. Essa discussão torna-se central no contexto dos ecossistemas digitais, dado que os efeitos sobre incentivos à inovação que decorrem da entrada da plataforma incumbente em mercados de produtos complementares são bastante ambíguos⁹¹².

⁹⁰⁸ DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 74–115, 2020.

⁹⁰⁹ PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data, and competition policy: favoring dynamic over static competition. *Industrial and Corporate Change*, n. 1, pp. 1–31, 2021 (“the requirement of fostering entry and innovation implies that it makes a lot of sense for a platform to commit, by word or by deed, not to provoke certain complementors, and thus to refrain from self-preferencing”).

⁹¹⁰ Vide item 3.2.1 deste Capítulo.

⁹¹¹ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, p. 320, 2019; e BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU Competition Policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, p. 30–31, mar. 2019.

⁹¹² WEN, W.; ZHU, F. Threat of platform-owner entry and complementor responses: evidence from the mobile app market. *Strategic Management Journal*, pp. 1336–1367, 2019 (constata que desenvolvedores de aplicativos na plataforma móvel *Android* ajustam os esforços de inovação e estratégias de captura de valor em resposta à ameaça de entrada do *Google* na forma de lançamento de aplicativos próprios).

4. Conclusões do Capítulo

Este Capítulo discutiu os principais desafios teóricos e práticos de aplicação das leis antitruste às relações econômicas de preço zero travadas no âmbito de plataformas digitais de anúncios. Descrevemos que, embora as leis antitruste sejam tradicionalmente aplicadas às relações monetárias, não há impedimento para que um mercado antitruste seja reconhecido quando há trocas de dados e de atenção que sinalizam a existência de custos para os usuários. Essa chave-interpretativa implica a refutação de qualquer tipo de imunidade antitruste às práticas abusivas eventualmente desempenhadas em mercados digitais de preço zero.

Há, no entanto, diferenças significativas nas formas de apreensão do dano antitruste quando não existem aumentos de preço. Pretendemos mostrar que há diversas propostas alternativas de enxergar esse dano antitruste nos mercados digitais, evidenciando-se, por exemplo, aumento de custos não monetários, diminuição da qualidade e, principalmente, comprometimento da inovação.

Por fim, este Capítulo objetivou apresentar a primeira proposta original desta pesquisa. Intentou-se esclarecer como, em tese, as plataformas digitais podem violar a Lei de Defesa da Concorrência, com base em parâmetros não relacionados a preço, em especial, ao parâmetro inovação.

Essa proposta se estrutura em dois pilares. O primeiro pilar corresponde ao diagnóstico descritivo ou positivo de que alguns pressupostos das teorias de concorrência dinâmica neoschumpeterianas e de *path dependence* discutidas no Capítulo 1 não se aplicam integralmente aos mercados digitais, os quais são informados por particularidades relevantes na sua disputa por inovação. O segundo pilar consiste na introdução de um quadro teórico que busca explicar os fatores que definem a oferta de inovação nos mercados digitais e a forma como a análise antitruste pode reconstruir as pontes de diálogo com as teorias econômicas de inovação.

A partir das teorias do dano de concorrência dinâmica, nos próximos Capítulos, explicaremos como elas podem incidir em investigações concretas de abuso de posição dominante em mercados digitais.

CAPÍTULO 5: PODER DE MERCADO SOBRE INOVAÇÃO E DEFINIÇÕES DE MERCADOS RELEVANTES

A detenção de poder de mercado é condição necessária para a configuração das infrações à ordem econômica. A configuração de atos de abuso de posição dominante depende de uma demonstração efetiva, por parte do CADE, de que o agente econômico investigado está em posição que lhe permite agir com independência e indiferença em relação aos seus concorrentes delimitados em um espaço de troca econômica.

A metodologia mais tradicional para formulação de um juízo de poder de mercado, sem dúvida, consiste na definição de mercados relevantes. No direito brasileiro, confere-se tamanha centralidade a essa ferramenta ao ponto de a própria legislação ter expressamente positivado a definição de mercado como métrica do poder de mercado⁹¹³. Por essa razão, há autores que sustentam que essa seria uma etapa imprescindível de qualquer investigação relacionada ao art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011⁹¹⁴.

A despeito da centralidade dessa metodologia, ela é historicamente objeto de críticas⁹¹⁵. Diversas vozes na literatura denunciam o reducionismo e as arbitrariedades das definições de mercado relevante, sustentando que elas deveriam ser totalmente abandonadas ou, ao menos, relativizadas na análise antitruste⁹¹⁶. Os motivos dessas críticas são sobretudo econômicos. De fato, definir um mercado relevante é sempre uma narrativa ficcional, incapaz de apreender as relações de intercambialidade de produtos heterógenos nos mercados do mundo real. Não por outro motivo, a

⁹¹³ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36. § 2º: "Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. "

⁹¹⁴ FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 221 (argumenta que "[sem a identificação do mercado relevante], é impossível determinar a incidência de qualquer (*sic*) das hipóteses do art. 36, *caput*, da Lei 12.529, de 2011").

⁹¹⁵ Ao proceder uma revisão da história dos debates sobre as definições de mercado relevante no direito antitruste norte-americano, Gregory Werden mostra que entre os economistas vinculados às teorias de organização industrial da Escola de *Harvard*, como Abba P. Lerner e Edward Mason, nas décadas de 1930 a 1950, havia uma grande hostilidade à prática de verificar o poder de mercado a partir da análise de *market shares*. WERDEN, G. J. The history of antitrust market delineation. *Marquette Law Review*, v. 76, n. 1, p. 126, 1992.

⁹¹⁶ Mais recentemente, as críticas à definição de mercados relevantes se avolumaram a partir dos trabalhos de Louis Kaplow. Esse autor advoga que se abandone completamente a etapa de definição de mercados relevantes na análise antitruste, pois essa metodologia seria incoerente com princípios econômicos básicos, tendo em vista que toda definição de mercado relevante presume, desde o início, a conclusão quanto ao poder de mercado prevalecente, o que tornaria as fases subsequentes da análise totalmente desnecessárias e sem sentido. O principal ponto do autor consiste no fato de essas metodologias se equivocarem ao focar na elasticidade cruzada da demanda em vez de examinar a demanda no mercado em si (KAPLOW, L. Why (ever) define markets? *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, n. 11, pp. 437–517, 2011).

jurisprudência do CADE destaca que a definição de mercados relevantes nunca é um fim em si mesmo, e sim um mero instrumental analítico para a aferição de poder de mercado⁹¹⁷.

A despeito disso, esta tese se alinha à compreensão de a definição de mercado relevante ser mais do que uma mera ferramenta econômica e assumir a natureza de um verdadeiro conceito jurídico que confere legitimidade à intervenção antitruste⁹¹⁸. Enquanto instituto jurídico, a definição de mercado relevante é uma peça fundamental da investigação para identificar as forças competitivas em jogo e, principalmente, para traçar os limites dentro dos quais uma questão jurídica específica está sendo analisada, sobretudo no que diz respeito à definição da teoria do dano aplicável e da verificação dos efeitos anticoncorrenciais e das eficiências alegadas⁹¹⁹.

Partindo dessas premissas, sem deixar de reconhecer o caráter meramente instrumental das definições de mercados relevantes, este Capítulo pretende explicar como essa metodologia tradicional pode ser ressignificada no contexto dos mercados digitais para se apreender como o poder de mercado digital se projeta na capacidade de alterar unilateralmente as condições de inovação.

Para tanto, serão inicialmente abordadas as dificuldades de definição de mercados relevantes no contexto de plataformas digitais de múltiplos-lados (item 1). Em seguida, superando o caráter estático das medições de *market share*, esta tese apresentará indicadores qualitativos que permitem formular um juízo mais sólido da detenção de poder de mercado sobre inovação (item 2). Por fim, este Capítulo discorrerá sobre uma proposta de utilização das metodologias de mercado relevante para apreensão da capacidade e dos incentivos das plataformas digitais de reduzir a inovação, tomando como cenários possíveis a análise das pressões competitivas nas dimensões de mercados atuais e mercados adjacentes (item 3).

1. Definição de mercados relevantes em plataformas digitais

A definição de mercados relevantes é bastante desafiada pela natureza multifacetada das plataformas digitais. As escolhas que a autoridade antitruste faz sobre como definir os mercados

⁹¹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: [s.n.], 2016. p. 13.

⁹¹⁸ PODSZUN, R. The arbitrariness of market definition and an evolutionary concept of markets. *The Antitrust Bulletin*, v. 61, n. 1, pp. 128–129, 2016; e ROBERTSON, V. H. S. E. *Competition law's innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Nova Iorque: Hart Publishing, 2020. p. 61.

⁹¹⁹ EBEN, M. The antitrust market does not exist: pursuit of objectivity in a purposive process. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 3, p. 598, 2021 ("the most convincing rationale for market definition is that it provides a tool to draw the boundaries within which to assess a particular question"). No mesmo sentido, PODSZUN, R. The arbitrariness of market definition and an evolutionary concept of markets. *The Antitrust Bulletin*, v. 61, n. 1, pp. 128–129, 2016 ("market definition is the step in antitrust analysis that informs parties, litigators, enforcers, and the public how in an official proceeding the economic reality is translated into the realm of normative value judgments").

relevantes em cada um dos lados das plataformas têm o potencial de interferir em todas as demais fases de análise das condutas unilaterais. Em especial, é importante definir quais são os limites dos mercados sobre os quais será desenvolvida a análise de efeitos.

Para conferir mais segurança ao uso dessas metodologias, neste tópico serão brevemente discutidos os fatores que devem guiar o CADE na definição de uma abordagem de mercados únicos ou múltiplos para cada um dos lados (item 1.1). Em seguida, serão feitas algumas considerações sobre as dificuldades de mensurar a substitutibilidade pelo lado da demanda a partir das técnicas tradicionais do teste do monopolista hipotético (TMH) (item 1.2).

1.1. Abordagens de mercado único vs. mercados múltiplos

Ao avaliar o poder de mercado das plataformas digitais, as autoridades antitruste devem optar por considerar que os múltiplos lados integram apenas um mercado relevante ou, alternativamente, considerar que cada lado da plataforma corresponde a um mercado autônomo⁹²⁰. Essa decisão é fundamental para as próximas etapas da análise antitruste e, em especial, para a aferição do balanceamento entre os efeitos anticompetitivos e as possíveis eficiências oriundas da conduta unilateral investigada⁹²¹.

Há posições divergentes na jurisprudência comparada sobre se deve ser considerado apenas um mercado relevante que englobe todos os lados da plataforma ou se múltiplos mercados relevantes devem ser definidos para cada um dos lados⁹²². A solução para essa questão foi buscada inicialmente a partir de uma categorização das plataformas entre "plataformas transacionais bilaterais" e "plataformas não transacionais", proposta inicialmente por FILISTRUCCHI⁹²³, que exerceu grande influência na última década.

De acordo com essa categorização, no primeiro grupo de plataformas transacionais bilaterais, estariam incluídas plataformas capazes de observar ou monitorar todas as transações ocorridas entre os distintos grupos de consumidores, de maneira que o intermediário seria capaz não

⁹²⁰ FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, pp. 19–38, maio 2019; e WISMER, S.; RASEK, A. Market definition in multi-sided markets. In: OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms report*. Paris: OECD Publishing, 2018. pp. 56–57.

⁹²¹ KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, pp. 2161–2169, 2018; e HOVENKAMP, E. Platform antitrust. *Journal of Corporation law*, v. 1, n. 1, pp. 41–44, 2019.

⁹²² Enquanto nos EUA há uma tendência a se optar pela abordagem de mercado único, no Brasil e no direito comunitário europeu, percebe-se uma prevalência da abordagem de mercados múltiplos. Nesse sentido, cf. EBEN, M.; ROBERTSON, V. H. S. E. The relevant market concept in competition law and its application to digital markets: a comparative analysis of the EU, US, and Brazil. *Graz Law Working Paper Series Working Paper No 01-2021*, v. 1, n. 1, pp. 11–20, 2021.

⁹²³ Essa categorização foi primeiro proposta em FILISTRUCCHI, L. A SSNIP test for two-sided markets: the case of media. *NET Institute Working Paper no. 08-34*, v. 1, p. 46, out. 2008; e, em seguida, discutida em detalhes em VAN DAMME, E. *et. al.* Mergers in two-sided markets: report to the NMa. *Netherlands Competition Authority*, p. 54–56, jun. 2010.

apenas de cobrar um preço de adesão à plataforma, mas também de estabelecer preços para cada uma das transações que nela ocorre⁹²⁴. Exemplos típicos de plataformas transacionais bilaterais seriam os meios de pagamento de cartões de crédito ou *marketplaces online*. No segundo grupo, estariam incluídas plataformas em que não haveria propriamente uma transação direta entre distintos grupos de consumidores, embora eles se atraíam mutuamente. Exemplos nesse sentido seriam plataformas de mídia baseadas em anúncios de publicidade – *e.g.* jornais, televisão etc.⁹²⁵.

Partindo dessa segmentação, FILISTRUCCHI ET. AL. propõem que, em plataformas de transação bilaterais, deve-se definir apenas um mercado relevante que envolve todos os lados, ao passo em que, em plataformas não transacionais, deve-se definir dois mercados separados ainda que inter-relacionados⁹²⁶. Partindo desse pressuposto, considera-se racional que, nas plataformas de transações bilaterais, o produto oferecido consiste na possibilidade de transação por meio da plataforma, de modo que o agente intermediário não é capaz de decidir estar em um só lado do mercado ou no outro⁹²⁷. Por conseguinte, na aplicação do SSNIP (*small but significant and non-transitory increase in price*), a aferição de aumentos significativos e não transitórios de preços deve considerar, nas plataformas de transação, apenas a soma dos preços pagos por ambas as partes e, nas plataformas de transação, isoladamente cada um dos preços pagos em cada lado⁹²⁸.

A classificação entre plataformas transacionais e não transacionais exerceu notável influência no famoso caso *Ohio vs. American Express (AmEx)*⁹²⁹, julgado pela Suprema Corte norte-americana. Nesse processo, discutia-se a legalidade das cláusulas contratuais *antisteering*, por meio das quais a instituidora do arranjo de pagamento (*AmEx*) proibia os comerciantes de incentivarem seus clientes a utilizar cartões de crédito de outras bandeiras em suas compras⁹³⁰.

A teoria do dano veiculada nesse caso estabelece que, como os comerciantes não seriam capazes de direcionar os clientes a outros cartões de créditos, eles não conseguiriam impor pressões competitivas à *AmEx* que disciplinassem suas taxas de intermediação⁹³¹. Nessa lógica, o efeito

⁹²⁴ FILISTRUCCHI, L. *et. al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 2, p. 298, 2014.

⁹²⁵ FILISTRUCCHI, L. *et. al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 2, p. 297, 2014.

⁹²⁶ FILISTRUCCHI, L. *et. al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 2, p. 302, 2014.

⁹²⁷ VAN DAMME, E. *et. al.* Mergers in two-sided markets: a report to the NMa. *Netherlands Competition Authority*, p. 55, jun. 2010.

⁹²⁸ FILISTRUCCHI, L. Market definition in multi-sided markets. In: OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms report*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 45.

⁹²⁹ EUA. SUPREMA CORTE. *Ohio et. al. v. American Express Co. et. al. No. 16-1454*. 2017. pp. 1-52.

⁹³⁰ EUA. SUPREMA CORTE. *Ohio et. al. v. American Express Co. et. al. 585 U.S.* 2018. p. 1 ("the antisteering provision prohibits merchants from discouraging customers from using their AmEx card after they have already entered the store and are about to buy something, thereby avoiding AmEx's fee").

⁹³¹ PANNER, A. M. Market definition and anticompetitive effects in *Ohio v. American Express*. *The Yale Law Journal*, v. 2274, p. 611, 2021 ("The government's assertion was that because merchants are unable to steer customers to credit

anticompetitivo da conduta estaria consubstanciado no aumento de preços das taxas cobradas pela bandeira em relação aos comerciantes.

A Suprema Corte norte-americana, no entanto, desmontou essa argumentação ao fazer a opção pela abordagem única de mercado relevante. Utilizando expressamente a categorização proposta por FILISTRUCCHI ET. AL., os votos vencedores dos juízes do Tribunal consideraram que as plataformas de cartões de crédito atuam em um mercado relevante singular e único⁹³². Por se tratar de mercado único, a Suprema Corte entendeu que, para que os efeitos anticompetitivos da conduta fossem demonstrados, não bastaria indicar aumentos na taxa cobrada dos comerciantes. Deveria se demonstrar, na realidade, que aumentos no "preço líquido", isto é, no somatório do preço pago pelo comerciante e do preço incorrido pelos titulares dos cartões na forma de diminuição de benefícios pelo seu uso⁹³³. Ao fixar esse *standard*, a Suprema Corte norte-americana concluiu que o governo não teria satisfeito o ônus de demonstração dos efeitos anticompetitivos da conduta, posto que não provou aumentos no preço líquido total de forma a considerar ambos os lados da plataforma⁹³⁴.

Essa decisão da Suprema Corte foi duramente criticada na literatura, principalmente pelo fato de a opinião majoritária ter utilizado equivocadamente a abordagem de mercado único sem considerar como as externalidades de rede de cada um dos lados se relacionavam mutuamente⁹³⁵. Além disso, sob o ponto de vista da regra da razão, o raciocínio encampado pela maioria impôs um ônus probatório extremamente elevado aos requerentes, quando, na realidade, a simples demonstração de aumento de preços de um dos lados da plataforma deveria ser suficiente para o aprofundamento da análise de efeitos⁹³⁶.

Após esse julgado, a classificação entre plataformas de transação bilaterais e plataformas de

cards that might charge lower fees, merchants were less able to put pressure on American Express to keep its merchant fees low; as a result, its fees increased").

⁹³² EUA. SUPREMA CORTE. *Ohio et. al. v. American Express Co. et. al.* 585 U.S. 2018. pp. 13–14 ("only other two-sided platforms can compete with a two-sided platform for transactions").

⁹³³ EUA. SUPREMA CORTE. *Ohio et. al. v. American Express Co. et. al.* 585 U.S. 2018. p. 15 ("evidence of a price increase on one side of a two-sided transaction platform cannot by itself demonstrate an anticompetitive exercise of market power").

⁹³⁴ EUA. SUPREMA CORTE. *Ohio et. al. v. American Express Co. et. al.* 585 U.S. 2018. Pp. 16-17.

⁹³⁵ WU, T. The American Express opinion, the rule of reason, and tech platforms. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 1, p. 122, 2019 ("the approach announced the Court is unprecedented, procedurally indefensible, unnecessarily complex, and ultimately incoherent"); HOVENKAMP, H. J. Platforms and the rule of reason: the American Express case. *Columbia Business Law Review*, v. 37, n. 1, p. 57, 2019; e KATZ, M. L. Platform economics and antitrust enforcement: a little knowledge is a dangerous thing. *Journal of Economics and Management Strategy*, v. 28, n. 1, p. 144, 2019 ("reliance on the change in the two-sided price level as a measure of the consumer-welfare effects without considering any changes in the platform's price structure is an example of a fallacy that follows from applying one-sided logic to two-sided markets").

⁹³⁶ KIRKWOOD, J. B. Antitrust and two-sided platforms: the failure of American Express. *Cardozo Law Review*, v. 41, n. 1, pp. 1839–1841, 2020.

não transação passou a ser objeto de intensa desconfiança na literatura⁹³⁷. As críticas revelam a artificialidade dessa categorização haja vista que, no mundo real, é impossível separar de forma definitiva as plataformas que podem estabelecer modelos de cobrança de taxas individualizáveis por transações⁹³⁸.

Para além desses problemas, a abordagem de mercado único em si traz riscos significativos de subestimação do poder de mercado da plataforma⁹³⁹, além de desafiar diretamente a lógica econômica da definição de mercados relevantes. O simples fato de a presença de um grupo de consumidores de um lado da plataforma afetar a sua capacidade de impor aumentos de preços do outro lado, a rigor, é um fenômeno comum a quaisquer relações de complementariedade de produtos, de maneira que essa circunstância, por si só, não justifica a inserção de substitutos próximos e produtos complementares no mesmo mercado relevante⁹⁴⁰.

Outro problema da abordagem de mercado único consiste no risco de negligenciar a pressão competitiva imposta em um dos lados por plataformas não transacionais e, também, por empresas verticalmente integradas⁹⁴¹. Nos casos em que um *marketplace* como o *Mercado Livre*, por exemplo, concorre com uma loja de varejo *online* como *Americanas.com*, uma abordagem de mercado único não consideraria que, para os compradores, essas duas empresas são substitutos próximos, embora não o sejam para os vendedores.

Por fim, existe uma preocupação de a abordagem de mercado único não considerar adequadamente os efeitos da formação dos gargalos competitivos em plataformas⁹⁴². De fato, quando as condições de *multi-homing* e *single-homing* forem muito díspares dos lados, a plataforma

⁹³⁷ NIELS, G. Transaction versus non-transaction platforms: a false dichotomy in two-sided market definition. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 15, n. 2–3, pp. 327–357, 2019 (argumenta, em síntese, que essa diferenciação não possui nenhum embasamento teórico no contexto do teste do monopolista hipotético).

⁹³⁸ FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, p. 25, maio 2019 ("there is no sharp dividing line between transaction markets and non-transaction markets"). Os autores argumentam que, além de, em alguns casos, a "observabilidade" das transações ser somente parcial, seria possível que plataformas de transação e de não transação oferecessem o mesmo tipo de serviço de correspondência, qual ocorre com o *AirBnB* e o *HomeAway*, dado que o primeiro cobra uma taxa de intermediação tanto dos inquilinos quanto dos proprietários e o segundo só as cobra dos proprietários. De forma semelhante, cf. ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. THINK TANK INTERNET. *Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*. Bonn: BKartA, 2016. pp. 22–23 (advoga a superação da divisão entre plataformas de transação e não transação para plataformas de *matching* e plataformas de atenção).

⁹³⁹ Considerando que, na abordagem de mercado único, os aumentos de preços impostos de um lado da plataforma podem ser idealmente compensados do outro lado, na hipótese de essa abordagem não se revelar adequada para o caso, existe um risco significativo de os efeitos anticompetitivos de um lado único serem desconsiderados.

⁹⁴⁰ HOVENKAMP, H. J. Platforms and the rule of reason: the American Express case. *Columbia Business Law Review*, v. 35, n. 1, pp. 59–60, 2019.

⁹⁴¹ KATHURIA, V. Platform competition and market definition in the U.S. AmEx case: lessons for economics and law. *European Competition Journal*, v. 1056, pp. 262–264, 2019; e FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, p. 26, maio 2019.

⁹⁴² VOLMAR, M. Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 15, n. 4, pp. 403–404, 2017 (defende que, no caso de gargalos competitivos, as condições de concorrência em cada um dos lados da plataforma se tornam bastante heterogêneas, dada a combinação especial de comportamentos *multi-homing* de um lado e *single-homing* do outro).

pode deter a capacidade de impor preços de monopólio para um só lado⁹⁴³.

Em nossa opinião, o debate teórico sobre a utilidade da classificação entre plataformas de transação ou de não transação não pode ofuscar aquilo que, de fato, é determinante para a análise antitruste. Considerando que o objetivo das metodologias de definição de mercado relevante é proceder a um juízo adequado de substitutibilidade da demanda tendo em vista as pressões competitivas atuais e potenciais, entendemos que a opção por definir um mercado relevante único ou dois separados depende muito mais de como cada um dos grupos de consumidores em cada lado enxerga a existência de substitutivos em relação à plataforma.

Nesse aspecto, os defensores da decisão *AmEx* insistem no acerto da abordagem de mercado único por considerarem que o "produto-alvo" do mercado relevante é a transação em si, e não o acesso em separado a cada lado do mercado⁹⁴⁴. No entanto, mesmo quando teoricamente for possível a uma plataforma "observar" ou "monitorar" cada uma das transações intermediadas, isso não necessariamente significa que os consumidores de cada um dos lados reagem rigorosamente da mesma maneira a eventuais alterações nas condições de acesso e de uso da plataforma⁹⁴⁵.

A rigor, a indicação de um mercado relevante único só faz sentido para a análise antitruste se o juízo de substitutibilidade do serviço de intermediação for informado pelos mesmos fatores, e na mesma proporção, na perspectiva de cada um dos clientes⁹⁴⁶. Essa condição é, no entanto, dificilmente satisfeita no mundo real, haja vista que o juízo de substitutibilidade da plataforma pelos consumidores situados em cada um dos lados será afetado por diversos fatores – *e.g.* diferenciação de produtos, condições de uso, possibilidade de *multi-homing* etc.⁹⁴⁷.

Assim, a opção por adotar uma abordagem de mercado único ou uma abordagem de mercados múltiplos depende muito mais da existência ou não de simetrias nos desvios de demanda de cada um dos consumidores a partir de mudanças de fatores como preço, oferta ou qualidade da intermediação.

De forma conservadora, como as condições de satisfação da abordagem de mercado único

⁹⁴³ Esse fenômeno foi, há muito, teorizado em ARMSTRONG, M. Competition in two-sided markets. *The RAND Journal of Economics*, pp. 1–32, maio 2006.

⁹⁴⁴ MANNE, G. A. In defence of Supreme Court's "single market" definition in *Ohio v American Express*. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 1, p. 109, 2019 ("*the benefit of incorporating both sides of the market from the point of view of output is in properly defining the product*").

⁹⁴⁵ KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, p. 2155, 2018.

⁹⁴⁶ Em outras palavras, a definição de um mercado único só é adequada se – e somente se – a plataforma não puder afetar o volume das transações cobrando mais de um lado e reduzindo em igual proporção o preço para o outro lado, ou seja, isso só ocorre quando a estrutura de preços da plataforma for neutra e somente se o nível dos preços for relevante para o bem-estar dos consumidores. Sobre esse ponto, cf. FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, p. 27, maio 2019.

⁹⁴⁷ KATZ, M. L. Platform economics and antitrust enforcement: a little knowledge is a dangerous thing. *Journal of Economics and Management Strategy*, v. 28, n. 1, p. 143, 2019.

são bastante estritas, parece mais oportuno utilizar a abordagem de lados múltiplos como um padrão inicial. Nesse sentido, entende-se adequada a recomendação da OCDE no sentido de que as autoridades de defesa da concorrência devem sempre fazer uma avaliação da intensidade dos efeitos de rede cruzados, de modo que, quando a sua magnitude for considerável, a necessidade de substituir a análise antitruste tradicionalmente feita em mercados de um único lado deve ser considerada⁹⁴⁸.

Com maior razão, entendemos que uma avaliação cuidadosa dos efeitos cruzados de rede deve ser conduzida pelo CADE quando da análise de condutas de plataformas digitais que atuam nos mercados digitais. Essa sugestão normativa se justifica por duas razões principais.

Em primeiro lugar, considerando que algumas dessas plataformas são modelos de negócios baseados em anúncios, seria recomendável proceder ao exame de dois mercados relevantes distintos mesmo se a classificação de FILISTRUCCHI ET. AL. fosse integralmente acolhida. Nesses casos, estaríamos tratando de plataformas bilaterais não transacionais, uma vez que não seria possível ao intermediário observar, de forma individualizada, as transações que ocorrem na plataforma⁹⁴⁹. Diante de modelos de negócios como ferramentas de buscas, fica bastante evidente que a avaliação de substitutibilidade da demanda é bastante distinta em cada um dos lados da plataforma⁹⁵⁰.

Em segundo lugar – e esse ponto é realmente digno de destaque – o CADE tem importante jurisprudência acumulada no controle de condutas que prioriza a segmentação dos lados das plataformas em mercados relevantes distintos. Nesse sentido, quando se examinam as decisões do CADE no mercado de meios de pagamento, é possível notar que, mesmo quando a autoridade se depara com plataformas de transações, prioriza-se, de forma mais cautelosa, a abordagem de mercados múltiplos e, em seguida, a investigação da interdependência de cada um dos lados⁹⁵¹.

A sugestão apresentada nesta tese faz-se necessária para a política de defesa da concorrência brasileira, tendo em vista que, em conformidade com o que será abordado no Capítulo seguinte, as decisões recentes do CADE em mercados digitais parecem não definir com clareza orientações

⁹⁴⁸ OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 10 ("where there is a cross-platform network externality, the value of adopting a multi-sided approach should at least be considered, and the rationale for deciding not to do so explained").

⁹⁴⁹ Esse argumento é apresentado por Tim Wu, ao nosso ver, acertadamente, para afastar a aplicação das premissas do precedente *Ohio v. American Express* a essas plataformas digitais. WU, T. The American Express opinion, the rule of reason, and tech platforms. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 1, p. 124, 2019 ("firms like Google, Facebook, and Twitter are not covered by the American Express opinion").

⁹⁵⁰ Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Nota Técnica da Superintendência-Geral nº 27: "no caso de buscadores como o *Google*, os anunciantes que patrocinam o sistema podem considerar diretórios de busca como substitutos, o que pode não acontecer do mesmo modo para os usuários que fazem uma busca".

⁹⁵¹ Para uma análise dessas decisões, cf. PEREIRA NETO, C. M. da S.; LANCIERI, F. M. Towards a layered approach to relevant markets in multi-sided transaction platforms. *SSRN Electronic Journal*, pp. 30–33, 2020; e EBEN, M.; ROBERTSON, V. H. S. E. The relevant market concept in competition law and its application to digital markets: a comparative analysis of the EU, US, and Brazil. *Graz Law Working Paper Series Working Paper No 01-2021*, v. 1, n. 1, p. 14, 2021.

futuras sobre como a análise de poder de mercado e de efeitos unilaterais deve ser procedida na investigação de plataformas.

Em nossa opinião, segregar cada um dos lados da plataforma e avaliar cuidadosamente as fontes de pressões competitivas vindas de outros modelos de negócios bilaterais ou mesmo de mercados unilaterais é crucial para que o juízo de posição dominante seja firmado com segurança.

Essas recomendações conservadoras parecem ser adequadamente seguidas pelo CADE na sua jurisprudência. A partir do exame de decisões recentes da autoridade brasileira no controle de condutas unilaterais, é possível verificar que, mesmo quando as definições de mercados relevantes não são fixadas de maneira definitiva, a autarquia tende a cautelosamente considerar cenários alternativos de substitutibilidade, priorizando definições de mercado mais restritas de acordo com possíveis diferenciações de grau na perspectiva dos usuários. Isso ficará evidente, por exemplo, quando se examina a forma como o CADE tem definido os mercados relevantes relacionados às buscas *online*⁹⁵².

A jurisprudência do CADE atual é pacífica em considerar que *websites* de buscas como *Google*, *Yahoo*, *Bing* operam como plataformas de múltiplos lados⁹⁵³. De acordo com esse modelo, no lado gratuito da plataforma, os usuários buscariam listagens de conteúdo – sobretudo *links* de *websites* de terceiros – formadas a partir do direcionamento da inserção de palavras-chave no buscador, enquanto, do outro lado, a plataforma venderia *slots* de publicidade a anunciantes, na forma de anúncios em buscas⁹⁵⁴.

A possibilidade de a plataforma exibir resultados relevantes para as fontes de buscas fornecidas pelos usuários depende essencialmente da qualidade das atividades de rastreamento (*crawling*), indexação e "ranqueamento" dos anúncios⁹⁵⁵. Nesse sentido, o sucesso do *Google* sobre empresas como *AltaVista*, *Yahoo* e *Lycos* é, em geral, explicado pela qualidade do seu algoritmo de

⁹⁵² A escolha desses setores específicos se justifica, nesta tese, devido ao fato de se tratar exatamente dos mercados relativos aos quais o CADE, em período recente, instaurou investigações contra empresas de internet por práticas exclusionárias.

⁹⁵³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*. Brasília: 2021. p. 77.

⁹⁵⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 008700.005694/2013-19 (*Google AdWords*). Nota Técnica nº 16/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Nota de rodapé 79: "a estrutura de precificação da Pesquisa *Google* denota a existência de um mercado de dois lados, em que 'o preço pago por um dos *players* não está relacionado ao custo da sua entrada no sistema', conforme o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE".

⁹⁵⁵ CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: 2020. p. 75; e GRIMMELMANN, J. The structure of search engine law. *Iowa Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 7–11, 2007.

busca, o *PageRank*, que consegue fornecer resultados de *websites* de forma a considerar a sua reputação⁹⁵⁶.

As decisões recentes do CADE relacionadas ao *Google* indicam que a autarquia tem se inclinado a considerar o mercado de buscas de forma segmentada, a depender da experiência de busca e do perfil da agregação das informações visualizado pelo usuário. Essa discussão foi aprofundada especialmente nos casos *Google Scraping*⁹⁵⁷ e *Google Shopping*⁹⁵⁸.

Nas duas investigações, a empresa representada defendia que a busca universal do *Google* competiria tanto com *websites* comparadores de preços – *e.g. Buscapé, Bondfaro* etc. – quanto com varejistas e *marketplaces* – *e.g. Amazon, eBay* ou *Mercado Livre* –, dado que usuários interessados em adquirir determinados produtos poderiam acessar qualquer um desses canais para obter informações sobre eles.

O CADE, no entanto, considerou que, embora houvesse de fato alguma pressão competitiva entre os diversos produtos referenciados acima, seria necessário definir, na dimensão produto, um mercado relevante autônomo de buscas genéricas, o qual seria distinto do mercado relevante de buscas temáticas e do mercado relevante de *marketplaces*⁹⁵⁹.

No caso *Google Shopping*, a Superintendência-Geral⁹⁶⁰ e o Departamento de Estudos Econômicos⁹⁶¹ do CADE entenderam que os resultados de pesquisa universal exibidos na página do *Google Search* envolvem informações mais completas, que não são, *a priori*, determinadas, que podem até mesmo abranger a exibição ao usuário de *websites* de varejistas e de *reviews*, de modo que a página principal do *Google* serviria como verdadeiro "metabusador".

A opção por segregar o mercado de busca geral do mercado de busca vertical ou temática parece, nesse precedente, ter sido informada sobretudo pela percepção do consumidor ao escolher

⁹⁵⁶ Para uma explicação sobre a vantagem competitiva dessas inovações, cf. DEVINE, K. L. Preserving competition in multi-sided innovative markets: how do you solve a problem like Google? *North Carolina Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 1, pp. 71–75, 2008.

⁹⁵⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03 (*Google Scraping*).

⁹⁵⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (*Google Shopping*).

⁹⁵⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (*Google Shopping*). Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia. § 129.

⁹⁶⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (*Google Shopping*). Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. § 131 ("o *Google* pode servir, portanto, como um metabuscador – um buscador onde os usuários encontram outros lugares para realizar as suas buscas específicas ou que provê, ele mesmo, as informações sobre uma grande diversidade de tipologias de busca").

⁹⁶¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (*Google Shopping*). Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE. pp. 30-31 ("o *Google* se diferencia por oferecer resultados úteis e cujas categorias não são *a priori* determinadas, como é o caso das informações obtidas num *site* de comparação de preços ou num *site* de varejistas/*marketplaces*. Nesse sentido, também é plausível falar num serviço de 'busca genérica' e, assim, não seria possível caracterizar o serviço oferecido pelo *Google* como um conjunto de possibilidades de busca vertical ou temática").

entre produtos diferenciados. Além disso, especificamente no caso *Google Shopping*, a natureza da conduta unilateral sob exame, qual seja a alegação de favorecimento da exibição dos anúncios nos *product listing ads*, também parece ter corroborado a importância de, ao menos conservadoramente, serem vislumbrados dois mercados distintos para buscas universais e temáticas.

1.2. Aferição da substitubilidade pelo lado da demanda e adaptações do TMH

A partir da consideração dos lados de uma plataforma digital como mercados relevantes distintos e inter-relacionados, é necessário identificar, para cada um desses lados, os substitutos próximos que exercem pressão competitiva sobre a plataforma, a partir da lógica de mercado de demanda⁹⁶². Nesse exercício, entendemos que o CADE deve priorizar a apreciação de evidências diretas de substitubilidade, tais como pesquisas sobre as preferências dos consumidores, documentos internos sobre as estratégias empresariais das plataformas e orientações de autoridades antitruste estrangeiras. A necessidade de valorização dos elementos qualitativos deve-se principalmente às fragilidades das metodologias econômicas lastreadas em dados quantitativos que têm sido propostas nos últimos anos na literatura.

Tradicionalmente, o exame da substitubilidade da demanda é realizado pelo CADE por meio da aplicação do teste do monopolista hipotético (TMH)⁹⁶³. O *Guia de concentrações horizontais* do CADE define que o TMH é "empregado para auxiliar na definição do mercado relevante, 'equiparando-o ao menor grupo de produtos e à menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impor um SSNIP [aumento significativo e não transitório de preços]"⁹⁶⁴.

Partindo de aumentos virtuais de preços em 5-10%, examinam-se sucessivamente os padrões de desvio da demanda até que o monopolista hipotético seja capaz de impor, em relação a dado conjunto de produtos, aumentos lucrativos de preço⁹⁶⁵. Em um dos poucos precedentes em que o CADE aplicou de forma pormenorizada esse teste, considerou-se que ele se desdobra em duas etapas: (i) primeiro, busca-se avaliar os efeitos de um aumento de preço sobre a rentabilidade do

⁹⁶² BMWI. Ein neuer Wettbewerbs rahmen für die Digitalwirtschaft. *Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*, p. 30, 2019.

⁹⁶³ SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 147–148; e NETO, C. M. da S.; CASAGRANDE, P. L. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 68–69.

⁹⁶⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: 2016. p. 17.

⁹⁶⁵ MOTTA, M.; SALGADO, L. H. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. São Paulo: Elsevier, 2015. pp. 68–69.

monopolista; (ii) segundo, verifica-se qual seria a perda real de vendas, estimando-se a demanda residual e a elasticidade-preço da demanda⁹⁶⁶.

Nas investigações antitruste contra plataformas digitais, há pelo menos duas complicações centrais no manejo do TMH. A primeira delas está relacionada à existência dos efeitos de redes intercruzados da plataforma. Considerando que o TMH foi idealizado para modelos de negócios unilaterais, não há como aplicá-lo da mesma forma no âmbito de plataformas⁹⁶⁷. Dado que um aumento significativo e não transitório de preços em um dos lados pode afetar a demanda do outro lado, é necessário que sejam considerados múltiplos cenários para se verificar se a soma dos preços ou se a estrutura dos preços da plataforma é capaz de gerar desvios de demanda em cada um dos lados⁹⁶⁸.

Mesmo que existam diversas propostas na literatura no sentido de adaptar o TMH para a lógica de múltiplos lados⁹⁶⁹, não há consensos sobre como devem ser simulados os aumentos SSNIP, tampouco sobre como devem ser mensurados os efeitos intercruzados dos aumentos de demanda em cada um dos lados⁹⁷⁰. Aos problemas teóricos somam-se questões de ordem prática. Para que todos os cenários possíveis de um TMH de multilados sejam adequadamente contemplados, seria necessário um volume considerável de informações sobre o mercado, além de dados confiáveis que viabilizassem mensurações concretas de efeitos de redes cruzados⁹⁷¹.

Uma segunda complicação ao uso do TMH diz respeito à ausência de preços do lado gratuito da plataforma digital. Embora tenhamos assentado que essa ausência de preços não preclui

⁹⁶⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.000811/2014-39 (*JBS/Massa Leve*); Nota Técnica nº 12/2014/2014/DEE.

⁹⁶⁷ EVANS, D. S.; NOEL, M. Defining antitrust markets when firms operate two-sided platforms. *Columbia Business Law Review*, v. 3, n. 1, pp. 132–133, 2005; e FILISTRUCCHI, L. *et. al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 2, p. 35, 2014.

⁹⁶⁸ Como esclarecem Peitz e Franck, o exame da elevação de preços teria que considerar diversas hipóteses, tais como (i) a situação em que a plataforma eleva a soma dos preços cobrados de todos os lados, balanceando de forma ótima a estrutura dos preços; (ii) a situação em que todos os preços juntos são aumentados, no entanto, a estrutura de preços é mantida fixa; (iii) a situação em que cada um dos preços é aumentado isoladamente enquanto os outros são ajustados de forma ótima; e (iv) a situação em que cada um dos preços varia enquanto os demais permanecem constantes. FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, p. 63, maio 2019. Em sentido semelhante, cf. NIELS, G. Transaction versus non-transaction platforms: a false dichotomy in two-sided market definition. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 15, n. 2–3, pp. 7–11, 2019.

⁹⁶⁹ Por todos, cf. FILISTRUCCHI, L. *et. al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 2, pp. 34–38, 2014.

⁹⁷⁰ AUER, D.; PETIT, N. Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into antitrust policy. *The Antitrust Bulletin*, p. 19, 2015 ("most economists agree on the high-level idea that the SSNIP test should be adjusted in multisided environments. But there is much less consensus on the practicalities of SSNIP analysis in such markets"); e MAŁOBEŃKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 169–170.

⁹⁷¹ WISMER, S.; RASEK, A. Market definition in multi-sided markets. *OECD hearing on re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets*, p. 12, nov. 2017.

a formação de um mercado antitruste baseado em trocas não monetárias⁹⁷², é inegável que, do ponto de vista prático, a mensuração da elasticidade-cruzada da demanda torna-se prejudicada⁹⁷³. Embora se pudesse cogitar de mudanças absolutas no fator preço⁹⁷⁴, nos parecem bastante raras as situações em que uma plataforma digital migraria de um modelo de negócio gratuito para um modelo de negócio pago.

Mesmo considerando essas dificuldades, diversos autores têm proposto adaptações do TMH para plataformas digitais. Nesse sentido, NEWMAN alvitra que os mercados relevantes de preço zero podem ser definidos por meio da metodologia SSNIC (*small but significant and non-transitory increase in costs*)⁹⁷⁵. Como o próprio nome sugere, esse método consiste na aferição de respostas a sucessivos aumentos significativos e não transitórios custos de informação e atenção transferidos à plataforma. Embora se reconheça que esse teste tem algumas limitações, principalmente em decorrência das dificuldades de transparência e calculabilidade dos custos⁹⁷⁶, o autor entende que a metodologia poderia trazer *insights* úteis para a análise antitruste, sobretudo quando somada a evidências diretas de poder de mercado⁹⁷⁷.

Outra variação relevante do teste SSNIC é proposta por EBEN, com foco específico nos custos de dados pessoais transacionáveis (*tradeable personal data* ou TPD)⁹⁷⁸. A autora defende que, mesmo que haja dificuldades para avaliação dos dados pessoais, a quantidade de TPD que os consumidores estão dispostos a fornecer pode ser usada como uma indicação de suas escolhas entre produtos potencialmente substituíveis. Assim, os testes de definição de mercado não questionariam mais se os consumidores mudam para outros produtos após o aumento no preço monetário não cobrado pelo serviço, mas após o aumento no TPD⁹⁷⁹.

Na mesma linha, com foco nas trocas de atenção, WU propõe a implementação do teste A-SSNIP (*attentional small but significant and non-transitory increase in price*), voltado a verificar como os consumidores reagem a aumentos significativos e não transitórios na quantidade de

⁹⁷² Vide item 1.2 do Capítulo 4.

⁹⁷³ HOLZWEBER, Stefan. *Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen: zur Anwendung von Art 102 AEUV auf mehrseitige Märkte in der Internetökonomie*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Economia e Negócios de Viena, Viena, 2017. pp. 49–50.

⁹⁷⁴ Essa possibilidade é cogitada em EVANS, D. S. Multisided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for internet-based firms. *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper*, v. 753, p. 26, mar. 2016.

⁹⁷⁵ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, v. 94, n. 1, p. 66–67, 2016.

⁹⁷⁶ DE STREEL, A. et al. *Digital markets act: making economic regulation of platforms fit for the digital age*. [s.l.]: Centre on Regulation in Europe, 2020. p. 33.

⁹⁷⁷ NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, v. 94, n. 1, p. 69, 2016.

⁹⁷⁸ EBEN, M. Market definition and free online services: the prospect of personal data as price. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 14, n. 2, pp. 223–224, 2018.

⁹⁷⁹ EBEN, M. Market definition and free online services: the prospect of personal data as price. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 14, n. 2, pp. 261–265, 2018.

anúncios e mensagens publicitárias carregadas nos conteúdos digitais⁹⁸⁰. Essa parece uma oportuna tentativa do autor de contornar o problema de delimitação de mercados de atenção demasiadamente amplos⁹⁸¹.

Para além dessas metodologias que focam nos custos implícitos em termos de dados e atenção, há também propostas de se aplicarem versões do teste de reduções significativas e não transitórias em qualidade (*small but significant non transitory decrease in quality* ou SSNDQ)⁹⁸². Esse teste corresponderia a uma adaptação do teste SSNIP, no entanto, em vez de examinarem os desvios da demanda a partir de aumentos de preços, o comportamento dos usuários seria analisado com base na diminuição da qualidade do serviço digital ofertado⁹⁸³.

Há, todavia, dificuldades insuperáveis na operacionalização das versões do SSNDQ. Em primeiro lugar, consoante discutido nesta tese⁹⁸⁴, o caráter multidimensional do fator qualidade prejudica drasticamente a possibilidade de medir as suas alterações sem que sejam consideradas as relações recíprocas entre os diversos aspectos da oferta não relacionados a preço⁹⁸⁵. Idealmente, para que um teste SSNDQ fosse operacionalizável, seria necessário definir individualmente o fator de concorrência no mercado digital que passaria por uma alteração significativa e não transitória – *e.g.* privacidade, exibição de anúncios ou segurança. Não obstante seja feita essa delimitação, seria difícil, senão impossível, simular diminuições de qualidade que fossem, de alguma maneira, equivalentes a aumentos de 5 a 10% de preço para fins de quantificação dos efeitos de degradação da qualidade sobre a lucratividade das ofertas das plataformas digitais⁹⁸⁶. Além desses obstáculos, a prática recente de jurisdições estrangeiras como a Comissão Europeia tem mostrado que não é

⁹⁸⁰ WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 31, 2019.

⁹⁸¹ WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 30, 2019. Para uma defesa de mercados de atenção amplos, cf. EVANS, D. S. Attention to rivalry among online platforms and its implications for antitrust analysis. *Journal of Competition Law and Economics*, n. 627, p. 12, 2013 ("*attention seekers compete with each other, at least to some degree, across even broadly defined products and service categories*").

⁹⁸² HARTMAN, R. *et al.* Assessing market power in regimes of rapid technological change. *Industrial and Corporate Change*, v. 2, n. 3, p. 317, 1993; e OCDE. The role and measurement of quality in competition analysis. *OCDE Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p.14, 2013.

⁹⁸³ RUBINFELD, D. L.; GAL, Michal. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 2, p. 551 e ss., 2016; STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. Big data and competition policy. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 118–122 (descrevem um teste SSNDQ focado em privacidade); e GEBICKA, A.; HEINEMANN, A. Social media & competition law. *World Competition Law and Economics Review*, v. 37, n. 2, pp. 158–159, 2014 (descrevem a aplicação do teste em mercados de redes sociais para se medir, por exemplo, se usuários do *Facebook* poderiam migrar para plataformas como *Twitter* ou *Google+* na hipótese de haver uma diminuição na qualidade do acesso à plataforma ou em termos de riscos de segurança).

⁹⁸⁴ Vide item 2 do Capítulo 4.

⁹⁸⁵ GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. p. 102; e MAŁOBĘCKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 166–167.

⁹⁸⁶ SCHWEITZER, H. *et al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17*, pp. 31–32, 2018.

possível obter dados consistentes para medir desvios de demanda a partir de diminuições no fator qualidade⁹⁸⁷.

Por essas razões, ao nosso ver, o emprego das metodologias SSNIC, A-SSNIP ou SSNDQ não afasta – apenas reforça – os riscos de arbitrariedade na definição de mercados relevantes digitais. Na prática, tais metodologias pressupõem uma escolha subjetiva da autoridade de simplificar, em termos econômicos, o valor de ativos intangíveis como a privacidade, a atenção dos usuários ou a onerosidade da sua exposição a anúncios intrusivos. No mundo real, dificilmente seria possível medir e quantificar, de forma transparente, aumentos de custos relacionados a esses bens.

Além disso, a ideia de que a definição de mercados antitruste seria mais segura se lastreada em medições econômicas revela um contrassenso quando contraposta à necessidade de considerar o perfil dinâmico da concorrência entre plataformas digitais. A rigor, o SSNIP e o TMH são usados como verdadeiras "radiografias do passado" dos comportamentos dos consumidores. Sobretudo no contexto de mercados digitais submetidos a um considerável risco de descontinuidade tecnológica, o apego ao passado ensejar diagnósticos imprecisos quanto à substitubilidade da demanda⁹⁸⁸. Assim, de forma definitiva, compreendemos que as propostas de modificação do teste SSNIP deve ser útil como "guias conceituais" para a compreensão da concorrência entre plataformas digitais, porém não como ferramentas econômicas precisas e universais⁹⁸⁹.

Consoante será abordado no próximo tópico, a falta de metodologias econômicas robustas para adaptação do TMH em mercados de preço zero recomenda que a autoridade antitruste tente, ao máximo possível, complementar a análise de poder de mercado com o exame de evidências diretas⁹⁹⁰. Especificamente no contexto das análises relacionadas à inovação, isso se torna fundamental para garantir segurança à intervenção antitruste.

2. Indicadores específicos do poder de mercado sobre inovação

As teorias de concorrência dinâmica exploradas no Capítulo 1 ressaltam que a análise de poder de mercado baseada no exame estático de dados de *market share* é insuficiente para apreender as pressões competitivas pelo desenvolvimento de novos produtos e serviços.

⁹⁸⁷ SCHWALBE, U. Market definition in the digital economy: an overview of EU and national case law. *Concurrences Antitrust Case Laws e-Bulletin Market*, v. 1, n. 1, p. 7, 2019.

⁹⁸⁸ VOLMAR, M. Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 15, n. 4, pp. 202–204, 2017.

⁹⁸⁹ MANCINI, J.; VOLPIN, C. Quality considerations in digital zero-price markets. *OECD Background Paper DAF/COMP(2018)14*, p. 14, 2018; e FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, p. 67, maio 2019.

⁹⁹⁰ OCDE. *Executive summary of the discussion on quality considerations in the zero-price economy*. 2020. pp. 3–4.

No caso dos mercados digitais, como longamente explorado no Capítulo 4, mesmo a oferta regular de serviços baseados em dados envolve, em alguma medida, um elemento de constante diferenciação e incremento da qualidade que, por vezes, nubla a linha que divide a concorrência entre produtos atuais diferenciados e a concorrência entre produtos futuros. Nesses setores, portanto, a formulação de juízo de poder de mercado e os prognósticos quanto aos riscos de entrincheiramento dos agentes dominantes tendem a ser equivocados quando feitos tão somente de forma a considerar os dados de *market share*.

Diante das fragilidades das métricas tradicionais indiretas de poder de mercado, uma abordagem de concorrência dinâmica das plataformas digitais deve analisar outros indicadores complementares que permitam uma avaliação mais segura da capacidade que determinado agente econômico possui de interferir unilateralmente na competição pelo desenvolvimento de novos produtos e serviços.

Nos próximos tópicos, serão apresentados alguns indicadores ou métricas que podem ser operacionalizados pelas autoridades antitruste para que se tenha uma imagem mais ampla acerca do nível de concentração das oportunidades de inovação em determinado mercado e dos riscos que certos agentes dominantes podem impor à inovação por parte de rivais atuais ou futuros.

Em conformidade com o que será debatido, na formulação do juízo de poder de mercado na análise de condutas unilaterais, agências como o CADE devem complementar o estudo de dados de *market share*, e examinar, quando possível, os níveis de investimentos em P&D (item 2.1), a detenção de recursos essenciais para o processo de inovação (item 2.2) e a posição ocupada pelo agente econômico na rede de valor (item 2.3).

2.1. Investimentos em atividades de P&D

O primeiro conjunto de recursos que denota a capacidade de uma plataforma digital de definir as condições de inovação em determinado mercado refere-se aos gastos com atividades de P&D. A literatura antitruste há muito reconhece que os níveis dessas atividades são indicadores consistentes de concorrência dinâmica⁹⁹¹. Embora esses investimentos sejam incertos, posto que não necessariamente resultarão em produtos ou processos inovadores, as empresas que organizam processos estruturados de inovação impõem um risco de redefinir as fronteiras de um mercado antitruste.

⁹⁹¹ Para uma revisão desses estudos, cf. GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, v. 6, pp. 187–191, 2006.

A tese de que as plataformas digitais atuam em mercados altamente dinâmicos é fortemente corroborada por esse indicador⁹⁹². Os agentes econômicos identificados como integrantes da economia digital são competidores em esforços para a criação de ativos de propriedade intelectual, capazes de resultar em transformações tecnológicas sustentáveis ou disruptivas⁹⁹³.

As plataformas digitais em particular nos mercados de buscas, redes sociais e *marketplaces* costumam integrar os investimentos em P&D na sua estrutura de custos regular⁹⁹⁴. Por essa razão, SHELANSKI afirma que "se existe uma única força que melhor identifique os mercados digitais provavelmente são os investimentos em pesquisa e desenvolvimento para melhorar produtos existentes e desenvolver novas plataformas e aplicações" (tradução livre)⁹⁹⁵.

Embora altos níveis de investimentos em P&D possam ser identificados em outros setores de alta tecnologia tradicionalmente objeto da intervenção antitruste, os gastos em P&D nas plataformas digitais se diferenciam por constituírem verdadeiros *inputs* do processo produtivo e não necessariamente custos episódicos ou restritos a linhas de produção específicas⁹⁹⁶.

As GAFAM representam o grupo de empresas que mais canalizaram recursos com atividades de P&D nos últimos cinco anos, superando, em termos de gastos em P&D por retorno, as taxas de outras indústrias intensivas em tecnologia, como a indústria farmacêutica⁹⁹⁷. Segundo revelam dados do *PwC 2018 Global Innovation 1000 Study*, a Amazon, a Alphabet, a Microsoft e a Apple figuram como as dez empresas que mais gastaram nessas atividades no ano de 2018⁹⁹⁸.

⁹⁹² PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 233 ("High R&D effort can indeed plausibly be associated with the idea that a monopoly firm hustles, inconsistent with a tipped market"); e GRAEF, I; WAHYUNINGTYAS, S. Y.; VALCKE, P. How Google and others upset competition analysis: disruptive innovation and European competition law. *Conference Paper 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS)*, Bruxelas, Bélgica, p. 14, 2014.

⁹⁹³ EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: JAFFE, A. B.; LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy*. v. 2. Cambridge: MIT Press, 2005. pp. 3–5.

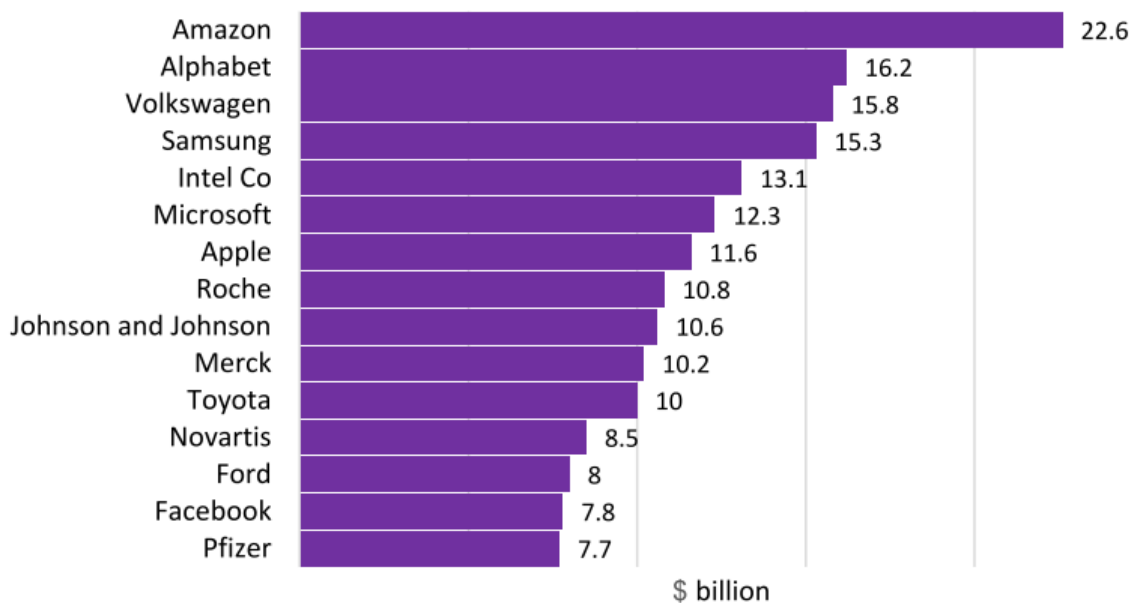
⁹⁹⁴ KOKKORIS, I. Innovation considerations in merger control and unilateral conduct enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 22–23, 2019; GRAEF, I. *Data as essential facility: competition and innovation on online platforms*. 410 f. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculty of Law, 2016. p. 43; e VERHAERT, J. The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the market for search engines as part of the new economy and the implications for the Google-Case. *SSRN Electronic Journal*, p. 12, 2013.

⁹⁹⁵ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1684, 2013.

⁹⁹⁶ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, pp. 1684–1685, 2013; e TOMA, F. I. The challenges of digital markets for EU competition law: the case of Android. *SSRN Electronic Journal*, p. 9, abr. 2018.

⁹⁹⁷ COYLE, D. Practical competition policy implications of digital platform economics. *Benett Institute for Public Policy Working Paper no: 01/2018*, pp. 12–13, mar. 2018.

⁹⁹⁸ FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 20.

Figura 11 – Investimentos em P&D das 10 empresas mais inovadoras (2018)

Fonte: PwC 2018 Global Innovation 1000 Study.

Esses investimentos em P&D são empregados tanto para a melhoria da experiência dos usuários em serviços e produtos atuais quanto para o desenvolvimento de novas plataformas e aplicações. A análise de documentos como os *Forms 10-K* que as GAFAM submetem à *U.S. Securities and Exchange Commission* demonstra que as estratégias inovadoras em cada um das *big techs* são bastante heterogêneas.

Enquanto algumas dessas empresas canalizam esses recursos para aprimoramentos inovadores relacionados a serviços regularmente ofertados em mercados existentes, outras apresentam um perfil mais direcionado para inovações disruptivas ou experimentais, que podem ou não ter relação com mercados de produtos atuais. A ilustração a seguir, elaborada por PETIT, simboliza bem como as maiores empresas de internet focalizam seus gastos com P&D:

Figura 12 – Classificação do mix de P&D das GAFAM



Fonte: elaboração própria, adaptado de PETIT, N. Technology giants, the “moligopoly” hypotesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–76, out. 2016.

Complementando esse quadro geral com a análise dos gastos declarados pelas GAFAM, é possível traçar um perfil mais completo das estratégias de concorrência dinâmica perseguidas. O *Google*, por exemplo, adota um modelo de P&D focado em inovações acidentais e pesquisas experimentais. O grupo *Alphabet* utiliza os lucros obtidos no seu *core business* de ferramenta de busca para financiar departamentos estruturados de pesquisas que, tanto internamente quanto por meio de colaborações externas com laboratórios acadêmicos, desenvolvem projetos focados em inovações acidentais e pesquisas experimentais⁹⁹⁹.

A empresa mantém o departamento *Google AI*, que se dedica a explorar, de forma ampla, projetos de inteligência artificial que buscam soluções práticas em diversas áreas, como gerenciamento de dados, educação, saúde, engenharia de *software*, robótica, computação quântica etc.¹⁰⁰⁰. Por sua vez, a iniciativa *Google X* reúne projetos de inovação de longo prazo, os chamados

⁹⁹⁹ WAGNER, C.; JAIN, R. K. Technology in society rethinking industrial research, development and innovation in the 21st century. *Technology in Society*, pp. 2–4, 2014; e PETIT, N. Technology giants, the “moligopoly” hypotesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, p. 27, out. 2016 (“the rationale behind Google’s corporate reorganization is to spin out loss-making ‘moonshot’ ventures from Google’s core search activities which are profitable”).

¹⁰⁰⁰ Sobre a centralidade das pesquisas focadas em inteligência artificial e *machine learning* realizadas nesse departamento, cf. EUA. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Alphabet Inc. Form 10-K*. Washington, D.C.: [s.n.], 2018. (“Within Google, our investments in machine learning over a decade have enabled us to build products that are smarter and more helpful. For example, our investments in AI are enabling doctors to detect cancer earlier. Machine learning powers the Google Assistant and many of our newer technologies”). Sobre o tema, entrevista recente de Jeff Dean – chefe do departamento de inteligência artificial do *Google* – aponta que a empresa tem

moonshots, destinados a resolver "grandes problemas da humanidade"¹⁰⁰¹. O espírito dessa divisão consiste no desenvolvimento de novas tecnologias radicais e inusitadas, algumas delas consolidadas em empresas autônomas, tais como (i) a *Loon*, desenvolvedora de carros autônomos e balões estratosféricos de internet; (ii) a *Wing*, especializada em *drones* de entrega; (iii) a *Verily*, fabricante de lentes de contato que medem a glicose nas lágrimas de diabéticos; e (iv) a *Malta*, produtora de tecnologia destinada a armazenar eletricidade com sal fundido¹⁰⁰².

Essa abordagem *blue-sky* de inovação também é, em alguma medida, empregada pela *Microsoft*. Essa empresa declara que o seu processo de P&D é concentrado em três áreas interconectadas: (i) a reinvenção da produtividade e de processos de negócios; (ii) a construção de uma nuvem inteligente e de uma plataforma de internet de vanguarda; e (iii) a criação de sistemas operacionais de computadores mais personalizados¹⁰⁰³.

Embora essas iniciativas sejam mais voltadas a soluções de curto e médio prazo que satisfaçam às necessidades dos usuários, a *Microsoft* assume que seu crescimento futuro depende da sua capacidade de "transcender definições existentes de categorias de produtos e modelos de negócios" (tradução livre)¹⁰⁰⁴, o que é buscado a partir do desenvolvimento de projetos de inteligência artificial e de serviços de computação em nuvem.

A estratégia utilizada pela *Amazon* é paradigmática por gerar sinergias entre investimentos focados em alterações de rotina em tecnologias e conteúdo – tradicionalmente não classificados como P&D – e inovações significativas que permitem a exploração de novas tecnologias¹⁰⁰⁵. A empresa investe em negócios extremamente inovadores, como no serviço de computação em nuvem *Amazon Web Services*, na divisão *Kindle* de *e-books* e no assistente pessoal *Alexa*, que geram tecnologias novas. Embora tais projetos não estejam, a princípio, relacionados à atividade de *marketplace* da empresa, servem para aprimorar a cadeia de coleta e análise de dados dos usuários, permitindo a absorção de recursos inovadores externos¹⁰⁰⁶.

priorizado projetos abrangentes de *machine learning*, em vez de projetos com aplicações de *smart intelligence* específicas. Cf.: SIMONITE, T. Google AI Chief wants to do more with less (data). *Wired*, 2019.

¹⁰⁰¹ EUA. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Alphabet Inc. Form 10-K*. Washington, D.C.: [s.n.], 2018.

¹⁰⁰² Para um olhar aprofundado sobre esses projetos, cf. WALLIS-FRANKLIN, O. Inside X, Google's top-secret moonshot factory. *Wired*, 2020.

¹⁰⁰³ EUA. UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Microsoft Corporation Form 10-K*. Washington, D.C.: [s.n.], 2020. pp. 4–5.

¹⁰⁰⁴ EUA. UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Microsoft Corporation Form 10-K*. Washington, D.C.: [s.n.], 2020. p. 5.

¹⁰⁰⁵ FOX, J. Amazon, the biggest R&D spender, does not believe in R&D. *Bloomberg Opinion*, 2018.

¹⁰⁰⁶ KHAN, L. M. Amazon's antitrust paradox. *Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, p. 783, 2017 ("[online platforms] both serve as infrastructure for other companies and collect swaths of data that they can then use to build up other lines of business").

Esses recursos externos são obtidos principalmente na forma de conteúdos que, por sua vez, são combinados com aquelas tecnologias para o desenvolvimento de inovações significativas que aprimoram as experiências dos usuários, consolidando um esforço holístico da empresa que simultaneamente fomenta o desenvolvimento e a manutenção de produtos novos e existentes ao mesmo tempo¹⁰⁰⁷. Ao empregar essa estratégia, a empresa consegue superar o *trade-off* clássico entre aumentar gastos com P&D e suportar declínios na produtividade¹⁰⁰⁸.

De toda sorte, depreende-se das considerações acima que as grandes empresas de internet, de fato, se engajam em uma concorrência pelo desenvolvimento de novos produtos e serviços, assumindo riscos de empreendedorismo que podem ou não ser recompensados. Examinar o nível e o contexto dos gastos com P&D pode esclarecer quais são os agentes econômicos capazes de controlar o fluxo da inovação nos mercados digitais.

Por outro lado, a despeito da relevância da lógica de apropriabilidade, respostas sobre o nível ótimo de intervenção antitruste nos mercados digitais dificilmente podem ser formuladas em termos universais. A pluralidade das composições do *mix* de P&D nas *big techs* discutida neste tópico mostra que nem sempre se estará diante de uma lógica schumpeteriana de concorrência, uma vez que os investimentos em P&D podem estar sendo canalizados para inovações sustentáveis em mercados atuais. Essa circunstância demanda que o fator inovação seja cuidadosamente considerado nos cenários de mercados relevantes atuais, adjacentes e futuros, conforme será apresentado em seguida¹⁰⁰⁹.

2.2. Controle de recursos escassos e detenção de capacidades inovativas

Consoante abordado no Capítulo 4, a proposta de reorientação normativa das teorias de concorrência dinâmica advogada nesta tese perpassa a valorização de estudos da literatura de gestão estratégica, em especial a abordagem baseada em recursos e a teoria de capacidades dinâmicas. Em termos práticos, tais vertentes enxergam a concorrência a partir da disputa de empresas heterogêneas pela obtenção de recursos escassos¹⁰¹⁰.

Incorporando essas premissas teóricas em uma moldura analítica de intervenção antitruste, é possível compreender que, em determinados setores, o poder de mercado pode residir não na capacidade de elevar preços ou restringir a oferta, mas no controle de ativos e recursos escassos

¹⁰⁰⁷ TOU, Y. *et. al.* The transformation of R&D into neo open innovation: a new concept in R&D endeavor triggered by Amazon. *Technology in Society*, v. 58, p. 7, mar. 2019.

¹⁰⁰⁸ WATANABE, C.; TOU, Y. Transformative direction of R&D: lessons from Amazon's endeavor. *Technovation*, v. 88, pp. 5–7, maio 2019.

¹⁰⁰⁹ Vide item 3 deste Capítulo.

¹⁰¹⁰ TEECE, D. J.; PISANO, G.; SHUEN, A. Dynamic capabilities. *Strategic Management Journal*, v. 18, p. 510, 1997.

que, quando aliados a estratégias empresariais adequadas¹⁰¹¹, conferem vantagens competitivas sustentáveis no longo prazo¹⁰¹². Por conseguinte, na hora de avaliar o poder de mercado de determinado agente econômico, poderá fazer mais sentido que as autoridades olhem para o potencial de aproveitamento dos recursos internos e para as capacidades inovativas das empresas do que para as informações estruturais de *market share*¹⁰¹³.

O foco no exame dos recursos disponíveis à empresa e nas suas capacidades dinâmicas possibilita que as agências antitruste considerem, de forma prospectiva, os impactos de determinado ato de concentração ou de determinada conduta anticompetitiva sobre a concorrência por novos produtos e serviços.

A rigor, esse tipo de internalização da abordagem baseada em recursos na intervenção antitruste já tem sido, de certo modo, empregado no controle de estruturas. De fato, tanto no contexto norte-americano quanto no europeu, *guidelines* de fusões e decisões das autoridades antitruste refletem a preocupação de que, em mercados de alta tecnologia, é necessário examinar eventuais sobreposições na detenção de ativos estratégicos orientados ao desenvolvimento de novos produtos¹⁰¹⁴.

O *Guia de fusões horizontais* da FTC, por exemplo, reconhece que fusões entre duas empresas que possuem os melhores ativos ou capacidades para o desenvolvimento de produtos e serviços específicos podem diminuir a inovação no cenário pós-operação¹⁰¹⁵. No direito comunitário europeu, a análise de capacidades inovativas influenciou bastante o controle de estruturas, mais especificamente no desenho de remédios estruturais, tal qual ocorreu nos recentes casos *Dow/DuPont* e *Bayer/Monsanto*, em que a Comissão Europeia determinou o desinvestimento de ativos considerados essenciais para o desenvolvimento de eventos de biotecnologia e sementes.

¹⁰¹¹ É importante ressaltar que as vantagens competitivas não consistem na mera detenção dos recursos, mas na capacidade dos empresários de organizar internamente a empresa para fomentar descobertas e novas oportunidades de negócios a partir da exploração dos recursos.

¹⁰¹² COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, pp. 318–319, 2019; ELLIG, J.; LIN, D. A taxonomy of dynamic competition theories. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. New York: Cambridge University Press, 2001. p. 37.

¹⁰¹³ GREGORY SIDAK, J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, p. 616, 2009.

¹⁰¹⁴ FREDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. In: LERNER, J.; STERN, S. *Innovation policy and the economy 20*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. pp. 146–150; e BAKER, J. B. *The antitrust paradigm*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2019. pp. 154–155.

¹⁰¹⁵ "The Agencies therefore also consider whether a merger will diminish innovation competition by combining two of a very small number of firms with the strongest capabilities to successfully innovate in a specific direction".

Entre nós, também é possível visualizar a aplicação de abordagens de capacidade inovativas no caso *Bayer/Monsanto* quando da sua aprovação condicionada a restrições pelo CADE¹⁰¹⁶.

A invocação da abordagem baseada em recursos e da teoria de capacidade dinâmica mostra-se bastante útil para a compreensão das vantagens competitivas exploradas na concorrência entre plataformas digitais¹⁰¹⁷. A própria natureza da competição na economia digital envolve a disputa por ativos que garantem às plataformas a capacidade de gerar valor na oferta de produtos de "próxima geração"¹⁰¹⁸. Nesse contexto, o gerenciamento das capacidades organizacionais assume papel central na implementação de modelos de negócios inovadores que acompanham a evolução da tecnologia e da demanda dos consumidores¹⁰¹⁹.

Partindo dessas premissas, entendemos ser possível lançar novas luzes tanto sobre o significado do poder de mercado antitruste na economia digital quanto sobre as *proxies* que podem ser acessadas pelas autoridades para medi-lo.

No que diz respeito ao significado da situação de poder de mercado, enquanto uma leitura "estática" do § 2º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência preocupa-se apenas com a capacidade de as plataformas digitais alterarem unilateralmente as condições de preço ou de níveis de oferta, a inspiração buscada na literatura de gestão estratégica permite ir além. O "gatilho" da intervenção antitruste focada em concorrência dinâmica deixa de ser a simples detenção de uma quantidade significativa de participação de mercado e passa a se identificar, de forma mais concreta, com a capacidade do agente econômico de explorar vantagens competitivas baseadas no controle, na retenção e na combinação de ativos estratégicos que são a chave para processos inovadores, tais como capitais baseados em conhecimento e tecnologia¹⁰²⁰.

No que se refere à mensuração desse poder de mercado, por sua vez, as autoridades antitruste devem privilegiar justamente o exame da forma de distribuição dos recursos estratégicos

¹⁰¹⁶ Nesse precedente, o CADE considerou que o remédio estrutural proposto pelas requerentes era suficiente para endereçar as preocupações relativas à inovação, na medida em que envolvia a transferência de "capacidade relevante de ativos de P&D nos mercados de sementes de soja, algodão e também no mercado de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio". BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49 (*Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company*). Voto-relator do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. § 440.

¹⁰¹⁷ PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data and competition policy: favoring dynamic over static competition. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, pp. 1–63, 2021 (argumenta-se que "*strong dynamic capabilities are a leading cause of the success and failures of big tech firms*"); KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, n. 1, p. 15, 2017; BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU Competition Policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, mar. 2019 (defende que "*market power should be assessed dynamically by focusing more on potential competition and by defining markets for sharable inputs and innovation capabilities*").

¹⁰¹⁸ TEECE, D. J. Next-generation competition: new concepts for understanding how innovation shapes competition and policy in the digital economy. *Journal of Law, Economics & Policy*, v. 9, n. 1, pp. 97–118, 2012.

¹⁰¹⁹ TEECE, D. J.; LINDEN, G. Business models, value capture, and the digital enterprise. *Journal of Organization Design*, v. 6, n. 1, p. 4, 2017.

¹⁰²⁰ OCDE. *New sources of growth: knowledge-based capital key analyses and policy conclusions*. Paris: OECD Publishing, 2013. pp. 6–7.

no mercado relevante¹⁰²¹. Portanto, é recomendável averiguar quais plataformas digitais controlam as capacidades dinâmicas e em que medida determinados ativos podem ser considerados barreiras à entrada para concorrentes inovadores atuais e futuros¹⁰²². Em vez de focar nas vendas feitas em relação a produtos e serviços atuais, deve-se verificar como os agentes econômicos competem em cadeias *upstream* por habilidades e capitais tangíveis e intangíveis determinantes para a criação de novas oportunidades de negócios¹⁰²³.

De forma geral, é possível resumir que os principais recursos disputados pelas plataformas digitais cujo gerenciamento é relevante para o processo de concorrência dinâmica consistem em (i) dados e tecnologias de *data analytics*; (ii) contratação de profissionais qualificados; e (iii) obtenção de fontes de financiamento de risco. O exame de como esses ativos são adquiridos, mantidos e disputados pelas plataformas digitais ilumina a compreensão de novas formas de restrição à concorrência dinâmica, sobretudo na imposição de dificuldades de acesso a recursos estratégicos¹⁰²⁴.

2.2.1. Acesso a dados

O primeiro conjunto de recursos cujo acesso é essencial para a manutenção de condições adequadas de concorrência dinâmica em mercados digitais se refere ao acesso a dados e às ferramentas de *big data* e de *big analytics*.

A percepção da relevância dos ativos para a obtenção de vantagens competitivas na economia digital tem sido intensamente debatida na literatura antitruste nas duas últimas décadas. A grande onda de estudos publicados sobre concorrência e *big data* devotou-se principalmente a investigar se, afinal, o *big data* poderia ser utilizado para criar ou reforçar o poder de mercado

¹⁰²¹ PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data and competition policy: favoring dynamic over static competition. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 15, 2021 ("To understand big tech firms' dynamic capabilities, one needs to look closely inside the black box, so as to pay attention to internal assets, resources, and data. More particularly, the economic analyst should look for distinctive technical and human capital inputs"); COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, p. 319, 2019 ("the notion of dominance should therefore be open to a resource advantage. A dominant position based on or complemented by this advantage is more coherent with the robust rivals and medium market shares that are often found").

¹⁰²² DE STREEL, A. et. al. *Digital markets act: making economic regulation of platforms fit for the digital age*. [s.l.]: Centre on Regulation in Europe, 2020. p. 41; BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, pp. 25–27, mar. 2019.

¹⁰²³ PETIT, N. Technology giants, the "mologopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, pp. 55–57, out. 2016.

¹⁰²⁴ DE STREEL, A. et. al. *Digital markets act: making economic regulation of platforms fit for the digital age*. [s.l.]: Centre on Regulation in Europe, 2020. p. 41.

antitruste por meio do aumento de barreiras à entrada ou por meio da adoção de estratégias de exclusão de concorrentes¹⁰²⁵.

Em conformidade com o que foi discutido no Capítulo 2, tornou-se praticamente consensual na literatura a ideia de que as plataformas digitais obtêm poder de mercado a partir da exploração de efeitos de rede baseados na coleta e no tratamento de dados e na subsequente oferta de serviços de melhor qualidade¹⁰²⁶. Após inúmeros autores¹⁰²⁷ teorizarem que as grandes plataformas estariam cada vez mais insuladas da competição por substitutos próximos em decorrência desse ciclo vicioso de obtenção de dados e de vantagens competitivas, os relatórios sobre política de concorrência na economia digital multicitados nesta tese também encampam a ideia de o *big data* ser uma fonte de vantagem competitiva sustentável que reforça tendências de tombamento dos mercados digitais¹⁰²⁸.

De forma oposta a essas conclusões, porém, um segundo conjunto de autores têm sustentado que os mercados digitais, na realidade, seriam caracterizados por baixas barreiras à entrada¹⁰²⁹. Conceitualmente, esses autores compreendem que o controle de dados por grandes empresas seria insuficiente para garantir às plataformas digitais uma vantagem competitiva sustentável, tendo em vista que os dados possuem natureza não rival e não exclusiva¹⁰³⁰. BALTO E LANE aduzem que, no contexto de mercados digitais, qualquer estratégia de abuso de posição dominante a partir do

¹⁰²⁵ Para uma revisão desses trabalhos, cf. YUN, J. M. Antitrust after big data. *The Criterion Journal on Innovation*, p. 413, 2019; e MAŁOBEŃKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 60–62.

¹⁰²⁶ Vide item 3.2 do Capítulo 2.

¹⁰²⁷ Por todos, cf. NEWMAN, N. Search, antitrust, and the economics of the control of user data. *Yale Journal on Regulation* *Yale Journal on Regulation Article*, v. 31, n. 5, p. 55, 2014; GRUNES, A. P.; STUCKE, M. E. No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data. *Antitrust Source*, pp. 1–15, abr. 2015; STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, pp. 282–283, 2018; e GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. pp. 249–256.

¹⁰²⁸ Por todos cf. FURMAN, J. *Et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 33; e STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*, 2019, p. 40.

¹⁰²⁹ EVANS, D. S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies. *SSRN Electronic Journal*, p. 35, 2017 ("*the history doesn't support the view that data acts either as a significant barrier to entry for online platforms or as an asset that protects incumbent platforms from competition*"); NAZZINI, R. Online platforms and antitrust: where do we go from here? *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2015, p. 16, 2018 ("*evidence does indeed suggest that barriers to entry on online markets are not necessarily significant*"); e SOKOL, D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. *George Mason Law Review*, v. 23, n. 119, p. 1136, 2016 ("*data-driven markets are typically characterized by low entry barriers, as evidenced by innovative challengers emerging rapidly and displacing established firms with much greater data resources than themselves*").

¹⁰³⁰ LAMBRECHT, A.; TUCKER, C. E. Can big data protect a firm from competition? *CPI Antitrust Chronicle*, v. 76, p. 8, jan. 2017 ("*the simple act of amassing big data by itself does not confer a long-term competitive advantage*"); TUCKER, D.; WELLFORD, H. B. Big mistakes regarding big data. *Antitrust Source*, v. 2973, p. 4, dez. 2014 ("*the idea that an input like data could be a barrier to entry because entrants do not have the same amount of that input seems questionable—particularly where, as here, that input is ubiquitous, low cost, and widely available*"); e LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, pp. 20–21, 2014.

controle de dados equivaleria a uma tentativa de "monopolizar a água em meio a um tsunami" (tradução livre)¹⁰³¹.

A principal dificuldade de enfrentamento da discussão nesses termos tem a ver com o caráter abstrato das conclusões normativas assumidas na maioria dos estudos. Como bem observado por RUBINFELD e GAL, a elevação de barreiras à entrada relacionadas ao acesso a dados pode ser valorada de forma diferente a depender do mercado analisado e da etapa do ciclo de coleta, armazenamento e tratamento dos dados¹⁰³².

A existência e a força dessas barreiras diferem de mercado para mercado, a depender das suas características específicas. Da mesma forma, as inovações digitais, mesmo quando francamente pró-competitivas, podem aumentar barreiras à entrada ou diminuí-las, a depender de como são introduzidas e de como os competidores reagem a elas¹⁰³³.

Ao nosso ver, existem poucas conclusões realmente sólidas que podem ser extraídas de uma análise concorrencial de *big data* a partir da abordagem de recursos internos. De um lado, parece-nos que, de fato, a mera detenção de um grande volume de dados, por si só, não gera vantagens competitivas duráveis para as plataformas digitais.

De uma maneira geral, os dados úteis ao funcionamento de plataformas de buscas, redes sociais e outras podem ser facilmente obtidos, copiados e compartilhados sem que haja custos elevados nessas tarefas¹⁰³⁴. A rigor, diversos tipos de informações já são coletados constantemente na internet por meio de *cookies* quando usuários visitam *websites* de todos os gêneros. Por intermédio dessas ferramentas, os usuários fornecem dados de forma quase automática, inclusive informações pessoais – *e.g.* nome de usuário, endereço, profissões –, além de informações que permitem inferir padrões de consumo – *e.g.* frequência de visitas dos usuários a *websites* de compra e outras atividades *online*¹⁰³⁵.

Além de amplamente disponíveis, os dados pessoais podem ser obtidos pelos concorrentes de diferentes maneiras. Embora a forma mais comum de coleta seja a primária – quando a própria

¹⁰³¹ BALTO, D. A.; LANE, M. C. Monopolizing water in a tsunami: finding sensible antitrust rules for big data finding the proper way to analyze data under the competition laws. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–12, maio 2015.

¹⁰³² RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access barriers to big data. *Arizona Law Review*, v. 59, p. 344, 2016. ("*the literature often comments on 'big-data markets' as a whole, without asking whether there are appropriate subgroups with distinctive and policy-relevant characteristics*").

¹⁰³³ CUSUMANO, M. A.; GAWER, A.; YOFFIE, D. B. *The business of platforms: strategy in the age of digital competition, innovation and power*. Nova Iorque: Harper Collins Publishers, 2019. pp. 56–57 ("*digital innovations have enabled new scale and scope economies, or enabled entry for some and raised entry barriers for others*").

¹⁰³⁴ TUCKER, D.; WELLFORD, H. B. Big mistakes regarding big data. *Antitrust Source*, v. 2973, p. 4, dez. 2014.

¹⁰³⁵ LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, p. 7, 2014. No mesmo sentido, cf. LAMBRECHT, A.; TUCKER, C. E. Can big data protect a firm from competition? *CPI Antitrust Chronicle*, v. 76, p. 1, jan. 2017.

empresa coleta os dados dos seus usuários diretos –, é possível que um novo entrante adquira dados de terceiros¹⁰³⁶, em especial das corretoras de dados (*data brokers*)¹⁰³⁷.

Essas empresas revendem ou compartilham dados coletados de diversas fontes, por meio de (i) tecnologias próprias de coletas; (ii) bancos de dados públicos; e, principalmente, (iii) tecnologias de rastreamento de usuários implementadas em *websites* de terceiros¹⁰³⁸. As corretoras de dados podem exercer um papel importante na viabilidade de acesso do insumo tendo em vista que possibilitam a existência de um verdadeiro "mercado por dados"¹⁰³⁹.

Essa ampla disponibilidade de fontes de obtenção de dados reforça o argumento de que o custo de acesso ao principal insumo em mercados digitais não seria expressivo ao ponto de tornar proibitivas novas entradas. A possibilidade de dados serem adquiridos de terceiros pode ser especialmente relevante para empresas que desejam inovar.

Uma empresa que queira introduzir um produto inovador, por exemplo, pode adquirir o insumo necessário ao seu lançamento no mercado, mesmo antes de colocar em funcionamento uma plataforma que colete dados dos consumidores. Assim, ainda na etapa de desenvolvimento de um novo produto, o entrante pode obter dados necessários ao seu lançamento no mercado sem recorrer aos incumbentes.

Além da facilidade de sua obtenção, a coleta de dados pessoais por uma empresa, a princípio, não impede que os mesmos dados sejam obtidos por um concorrente, o que evidencia o caráter não rival desse insumo. Muitos autores defendem que a regra em mercados de ferramentas de buscas e de redes sociais consiste justamente na possibilidade de *multi-homing*, ou seja, os usuários podem espalhar os seus dados por diferentes prestadores de serviços¹⁰⁴⁰.

Ademais, o fato de alguns *players* estabelecidos coletarem um grande volume de dados dos seus usuários ou de outras fontes não necessariamente pode implicar que novos entrantes tenham que obter a quantidade semelhante ou os mesmos tipos de dados detidos pelos agentes com poder de mercado¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ NAZZINI, R. Online platforms and antitrust: where do we go from here? *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–16, 2018.

¹⁰³⁷ Em estudo realizado pela FTC. Data brokers: a call for transparency and accountability. *Data Brokers and the Need for Transparency and Accountability*, pp. 1–101, maio 2014.

¹⁰³⁸ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. [s.l.: s.n.]: 2016. p. 38.

¹⁰³⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. [s.l.: s.n.]: 2016. p. 38.

¹⁰⁴⁰ LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, p. 5, 2014.

¹⁰⁴¹ SOKOL, D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. *George Mason Law Review*, v. 23, n. 119, p. 1135, 2016.

Esses fatores embasam o argumento de que o acesso a dados não seria capaz de propiciar, em si, uma fonte sustentável de vantagem competitiva, ante a possibilidade imediata e pouco custosa de acesso a esse insumo por parte de novos entrantes.

Por outro lado, o funcionamento de alguns mercados digitais como as buscas e os anúncios publicitários *online* tem demonstrado que, por vezes, as empresas líderes adotam estratégias comerciais que podem restringir a portabilidade e o acesso amplo aos dados, comprometendo a relevância concorrencial da sua suposta ubiquidade. A portabilidade dos dados é condição essencial para a sua ubiquidade em qualquer mercado¹⁰⁴².

Na prática, porém, há comportamentos que podem ser adotados por agentes dominantes justamente com o intuito de restringir a coleta de dados por novos entrantes. Quando tais comportamentos se fazem presentes, torna-se questionável a premissa de que as barreiras à entrada nos mercados digitais seriam especialmente baixas¹⁰⁴³.

A restrição mais evidente à coleta de dados pode surgir a partir da imposição de cláusulas de exclusividade por parte dos agentes que os coletam de forma primária. Embora se imagine que essa não seria a prática mais comum, em situações específicas, podem ser verificadas estratégias de obtenção exclusivas de dados ou, alternativamente, estratégias que obstam a troca de dados entre diferentes plataformas. A exclusividade nas contratações pode resultar no fechamento de mercado a rivais, especialmente quando realizadas por agentes dominantes. Na prática, esses contratos impedem que novos entrantes adquiriam dados de terceiros, o que necessariamente aumenta o custo de entrada de novos agentes, que terão de adotar estratégias próprias de coleta.

Além das imposições puras de exclusividade, o acesso a dados também pode ser obstado por outros mecanismos contratuais que impedem o seu compartilhamento. Nesse ponto, a literatura afirma que as restrições podem decorrer até mesmo do cumprimento de normas de proteção de dados pessoais que exigem, por exemplo, o consentimento expresso do usuário para a transferência entre plataformas¹⁰⁴⁴.

Um exemplo de imposição de termos de uso com efeitos restritivos no acesso a dados pode ser ilustrado na recente decisão da Comissão Europeia no caso *Google AdSense*, julgado em março de 2019¹⁰⁴⁵. Nesse caso, a autoridade apurou que, desde 2006, o *Google* proibia que editores de

¹⁰⁴² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. [s.l.: s.n.]: 2016. p. 28.

¹⁰⁴³ MODRALL, J. Big data and merger control in the EU. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 9, p. 3, 2018.

¹⁰⁴⁴ RUBINFELD, D. L.; GAL, M. S. Access barriers to big data. *Arizona Law Review*, v. 59, n. 1, p. 360, 2017.

¹⁰⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising*. Press release, mar. 2019.

websites que utilizavam as ferramentas do *AdSense* em suas páginas contratassem ferramentas rivais de corretagem de publicidade *online*.

Nos anos seguintes, o tipo de restrição imposta pelo *Google* foi se transformando, passando de uma exclusividade pura para outros modos de favorecimento, tais como a separação de espaços com maior visibilidade e lucratividade para os anúncios do *AdSense* e a necessidade de autorização prévia do *Google* para alteração da forma de exibição dos anúncios de concorrentes nas páginas.

Ao fim da investigação, a Comissão Europeia concluiu que tais práticas teriam um impacto deletério sobre a concorrência e a inovação no mercado, haja vista que "os rivais do *Google* não conseguiram crescer e oferecer serviços alternativos de intermediação de publicidade de pesquisa *online*. Como resultado, os proprietários de *websites* tinham opções limitadas para monetizar espaço nesses *websites* e foram forçados a confiar quase exclusivamente no *Google*" (tradução livre)¹⁰⁴⁶.

Esse é apenas um exemplo – talvez o mais elucidativo deles – de como a imposição de termos de uso pode provocar uma limitação ao acesso a dados dos usuários por concorrentes. Essa limitação, no entanto, pode ser desencadeada também por dificuldades tecnológicas impostas à coleta de dados específicos e, além disso, pela concentração de efeitos de rede que propiciam a existência de economias de escala e de escopo, criando barreiras à entrada pelo lado da demanda.

Assim, no mundo real, a natureza não rival e não exclusiva dos dados só pode ser verificada no contexto de cada mercado e, principalmente, a partir da identificação dos potenciais efeitos lesivos à concorrência da própria prática em si investigada. Tudo depende (i) das condições reais de coleta; (ii) do tipo de dado utilizado no mercado; e, principalmente, (iii) da finalidade do uso do dado relacionado.

De todo modo, as autoridades antitruste devem estar atentas para verificar, no contexto de cada mercado, quais são as práticas comerciais vigentes e quais são os possíveis obstáculos que concorrentes atuais ou potenciais podem enfrentar para acessar recursos de inovação baseados em dados.

2.2.2. Profissionais qualificados

O segundo conjunto de recursos a ser examinado a partir de uma lente de capacidades dinâmicas se refere aos profissionais com qualificação diferenciada empregados pelas empresas no processo de inovação digital.

¹⁰⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising*. Press release, mar. 2019.

As chances de as plataformas extraírem valor da cadeia de coleta, armazenamento e análise de dados dependem diretamente da contratação de profissionais qualificados¹⁰⁴⁷. Ao contrário do que se poderia supor, a maior parcela dos gastos declarados de P&D nas grandes empresas de internet não está relacionada à aquisição de materiais de infraestrutura técnica, mas à remuneração de pessoal¹⁰⁴⁸. Pesquisas realizadas nos países membros da OCDE sugerem que as taxas de inovação digital estão diretamente relacionadas à concentração de *data specialists*¹⁰⁴⁹, além da detenção de outros ativos estratégicos¹⁰⁵⁰.

Big techs – como o *Google*, a *Apple* e a *Amazon* – apontam como importante fator competitivo a capacidade de manutenção de uma cultura de trabalho que atraia grandes talentos, particularmente engenheiros de *softwares*, *designers*, gerenciadores de projetos e executivos seniores¹⁰⁵¹. Desde os icônicos líderes dessas empresas até os técnicos com atuação focada em projetos de rotina, as GAFAM tentam manter um ambiente de estímulo a novas ideias, com programas de remuneração diferenciados e, até mesmo, projetos permanentes de impulsionamento ao empreendedorismo.

Tome-se como ilustração a declaração prestada pela *Alphabet* à *Securities and Exchange Commission* em 2020, relativa ao ano fiscal de 2019, ao afirmar que: "ainda valorizamos nossas raízes como uma *start-up* e, sempre que possível, capacitamos os funcionários a agir com base em grandes ideias, independentemente de seu papel ou função na empresa" (tradução livre)¹⁰⁵². A companhia declara que as maiores parcelas dos gastos com P&D consistem em despesas de remuneração – incluindo *stock based compensation* – e custos relacionados a instalações para funcionários de engenharia e técnicos responsáveis por P&D¹⁰⁵³.

A *Amazon*, por exemplo, investe continuamente no treinamento dos seus empregados com foco na apreensão de capacidades digitais. No testemunho prestado por um dos representantes jurídicos da empresa nas audiências realizadas perante o Subcomitê de Concorrência no Congresso

¹⁰⁴⁷ OCDE. *Data-driven innovation*. Paris: OECD Publishing, 2015. pp. 254–257.

¹⁰⁴⁸ PETIT, N. Technology giants, the "mologopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, p. 41, out. 2016 ("in their SEC filings, the mologopolists point to human resources as the engine of technology competition").

¹⁰⁴⁹ A expressão *data specialists* designa profissionais dotados de habilidades especializadas em dados com conhecimentos interdisciplinares em áreas como informática e estatística, administração de empresas, *marketing* e finanças. Esses profissionais podem atuar em diferentes atividades ao longo da cadeia de valor de dados nas etapas de coleta, análise e tomadas de decisões. OCDE. *Data-driven innovation*. Paris: OECD Publishing, 2015. pp. 254–255.

¹⁰⁵⁰ OCDE. *Data-driven innovation*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 260.

¹⁰⁵¹ PETIT, N. Technology giants, the "mologopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, pp. 41–45, out. 2016.

¹⁰⁵² EUA. UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Alphabet Inc. Form 10-K*. Washington, D.C.: [s.n.], 2020. P. 8.

¹⁰⁵³ EUA. UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Alphabet Inc. Form 10-K*. Washington, D.C.: [s.n.], 2020. P. 36.

norte-americano em 2019, afirmou-se que a *Amazon* investe uma quantia significativa na formação de seus empregados para melhorarem as suas habilidades em treinamentos de tecnologia digital¹⁰⁵⁴.

O aumento da demanda por profissionais com habilidades específicas naturalmente acirra a concorrência pela sua contratação. Grupos como *Alphabet*, *Amazon* e *Apple* enxergam o mercado de profissionais superqualificados em tecnologia como altamente competitivo¹⁰⁵⁵. Um importante indício da relativização do juízo de poder de mercado mensurado de forma estática consiste no fato de essa concorrência por profissionais qualificados não se limitar ao *core business* das plataformas. O *Google*, por exemplo, pode contratar um programador experiente para atuar na divisão de ferramenta de busca que tenha trabalhado na *Netflix* no desenvolvimento de algoritmos para personalização da experiência dos usuários de *streaming*¹⁰⁵⁶. Esses fatores convergem para o seguinte diagnóstico: "uma parte não trivial da concorrência entre as GAFAM reside na atratividade do ambiente de trabalho, focado na criação de sistemas de recompensas que estimulam o pensamento criativo e oportunidades de carreira de longo prazo" (tradução livre)¹⁰⁵⁷.

A centralidade assumida pela disputa por profissionais qualificados deve ser considerada na análise antitruste focada em inovação. Além de a transferência de contratos de trabalho de *data specialists* ter que ser considerada na formação de remédios, é necessário avaliar em que medida, ao restringir a competição pela contratação de trabalhadores, as plataformas digitais também prejudicarão a disputa por inovação.

Essas considerações requerem que as autoridades antitruste escrutinem cuidadosamente em que proporção os termos das políticas de emprego das *big techs*, como cláusulas de não concorrência, podem trazer preocupações concorrenciais relevantes¹⁰⁵⁸. Considerando que

¹⁰⁵⁴ EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Statement of Nate Sutton Associate General Counsel, Competition Amazon.com, Inc. before the United States House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law*. [s.l.: s.n.], 2019. pp. 3–4 ("in one of the largest corporate retraining initiatives ever undertaken, we are investing \$700 million to provide 100,000 of our employees new skills and training for the digital age to help them move into more advanced jobs or find new careers").

¹⁰⁵⁵ Como ressaltado pelo Grupo *Alphabet* em seu *Form 10-K*: "competition in our industry for qualified employees is intense, and certain of our competitors have directly targeted our employees". No mesmo sentido, a *Amazon* afirma que: "competition for qualified personnel has historically been intense, particularly for software engineers, computer scientists, and other technical staff". Por sua vez, a *Apple* aduz que: "experienced personnel in the technology industry are in high demand and competition for their talents is intense, especially in Silicon Valley, where most of the Company's key personnel are located".

¹⁰⁵⁶ PETIT, N. Technology giants, the "mologopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, p. 42, out. 2016.

¹⁰⁵⁷ PETIT, N. Technology giants, the "mologopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, p. 44, out. 2016.

¹⁰⁵⁸ PETIT, N. Technology giants, the "mologopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, pp. 70–72, out. 2016.

profissionais altamente qualificados se tornam um recurso-chave da inovação, as barreiras ao acesso a esses profissionais devem ser consideradas na fase de verificação de poder de mercado¹⁰⁵⁹.

2.2.3. Financiamento empresarial

Por fim, o terceiro conjunto de recursos que pode conferir vantagens competitivas às plataformas digitais na corrida por inovação diz respeito ao acesso a fontes de financiamento empresarial. Em razão da relevância que essas fontes exercem tanto no nascimento quanto na vida útil de uma plataforma digital, não é exagero afirmar que, nos mercados *online*, a concorrência ocorre não apenas nos mercados de produtos propriamente ditos, mas principalmente nos mercados de capitais¹⁰⁶⁰.

Tanto as incumbentes quanto as entrantes no setor de tecnologia concorrem pela atração de financiamento por meio de aportes de fundos de capital de aventura (*venture capital*) ou, ainda, por meio de fusões e aquisições. A rigor, quando uma *start-up* busca formas de financiar a sua expansão, pode optar por uma simples oferta pública de ações que a capitalizasse para a expansão de novos projetos. Contudo, por razões econômicas e regulatórias, as ofertas públicas de ações têm sido comparativamente escassas nas empresas de tecnologia nascentes¹⁰⁶¹.

Por serem uma fonte de capital privado menos avessa a riscos do que os bancos tradicionais, os fundos de *venture capital* contribuíram significativamente para a expansão de empresas como *Apple*, *eBay*, *Google* e *Facebook*, fornecendo não apenas capital, mas também *expertises* técnicas e gerenciais determinantes para o seu sucesso¹⁰⁶².

Esse processo de "financeirização" das *big techs* tem repercussões diretas no jogo de concorrência entre as plataformas digitais. Como destacado por LIANOS, as plataformas digitais parecem adotar um modelo de gestão financeira que prioriza a expansão da oferta de produtos e serviços e o reforço dos efeitos de redes sobre a base de clientes, mesmo que a custo de lucros atuais negativos, com vistas a sinalizar um futuro próspero de altas margens de lucros que atraia investimento nos mercados de capitais¹⁰⁶³. Em outras palavras, em vez de lucrarem no curto e no médio prazo, as empresas preferem aumentar o seu valor de mercado e sinalizar altas taxas de

¹⁰⁵⁹ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, p. 28, 2020.

¹⁰⁶⁰ BRICS COMPETITION INNOVATION LAW & POLICY JOINT RESEARCH PLATFORM. *Digital era competition: BRICS View*. Moscou: BRICS Competition Law and Policy Centre, p. 235, 2020.

¹⁰⁶¹ SAMIMI, B. The antitrust impact of venture capital firms on concentration in the technology sector. *Hastings Science and Technology Law Journal*, v. 11, n. 2, p. 158, 2020.

¹⁰⁶² SAMIMI, B. The antitrust impact of venture capital firms on concentration in the technology sector. *Hastings Science and Technology Law Journal*, v. 11, n. 2, pp. 157–158, 2020.

¹⁰⁶³ LIANOS, I. Competition law for the digital era: a complex systems' perspective. *CLES Research Paper Series 6/2019*, v. 1, n. 1, pp. 40–53, 2019.

retorno no longo prazo baseadas no controle de um gargalo competitivo ou de um conjunto de ativos e recursos – *e.g.* dados, algoritmos e profissionais qualificados¹⁰⁶⁴.

Nesse cenário, o surgimento de empresas inovadoras depende criticamente da possibilidade de *start-ups* atraírem investimentos no mercado de capitais. Por essa razão, críticos da dominação das GAFAM sustentam que o potencial inovador da economia norte-americana se encontra ameaçado, na medida em que o capital de aventura dedicado ao setor de tecnologia com foco nas empresas do Vale do Silício tornou-se concentrado e menos propenso ao financiamento de entrantes nos últimos anos¹⁰⁶⁵.

O relatório do Subcomitê de Direito Antitruste, Comercial e Administrativo da *House of Representatives* do Congresso norte-americano sobre a concorrência em mercados digitais de 2020 apontou como importante indício do comprometimento da inovação na economia doméstica a diminuição drástica do número de *start-ups* em estágios iniciais de financiamento¹⁰⁶⁶. De acordo com acadêmicos e investidores ouvidos pela *House of Representatives*, a dominação das grandes plataformas nos mercados digitais tem pressionado a liquidez das operações de *venture capital*, fazendo com que operadores desses fundos se recusassem a financiar entrantes que poderiam competir com o *core business* das grandes plataformas¹⁰⁶⁷.

Diante desse cenário de disputas acirradas por fontes de financiamento, torna-se fundamental que as autoridades antitruste compreendam que a inovação nos mercados digitais pode ser reduzida caso competidores potenciais enfrentem obstáculos de acesso a capitais de risco.

2.3. Controle posicional de gargalos competitivos

A análise do poder de mercado no direito da concorrência tradicionalmente prioriza o exame das relações de dominância em uma perspectiva de competição horizontal¹⁰⁶⁸. A ideia de a posição dominante corresponder à capacidade de "alterar unilateralmente as condições de concorrência" pressupõe o raciocínio de que o agente dominante está em uma situação fática de indiferença em relação às decisões dos seus concorrentes no mercado relevante. O elemento de substitutibilidade da

¹⁰⁶⁴ LIANOS, I. Competition law for the digital era: a complex systems' perspective. *CLES Research Paper Series 6/2019*, v. 1, n. 1, p. 103, 2019.

¹⁰⁶⁵ LIANOS, I. Competition law for the digital era: a complex systems' perspective. *CLES Research Paper Series 6/2019*, v. 1, n. 1, p. 37, 2019.

¹⁰⁶⁶ EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. pp. 46–47.

¹⁰⁶⁷ EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. P. 48.

¹⁰⁶⁸ LIANOS, I.; KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 201.

demanda, portanto, torna-se central não só para a definição dos mercados relevantes em si, mas também para a análise de barreiras à entrada, a rivalidade e, até mesmo, a avaliação de eficiências.

A despeito do protagonismo da proeminência da noção de concorrência horizontal, nos últimos anos, tem crescido, na literatura antitruste, o interesse por novas formas de manifestação do poder econômico em estruturas de mercado reticulares em ecossistemas digitais¹⁰⁶⁹. Nessas estruturas, é possível que uma plataforma digital ocupe uma posição privilegiada que lhe permita explorar assimetrias de informações entre os diversos elos da rede, de modo que o valor econômico da sua intermediação se torna superior à soma da utilidade econômica das transações que ocorrem nos múltiplos lados da plataforma¹⁰⁷⁰.

Essa posição de centralidade assumida por algumas plataformas digitais nos ecossistemas tem sido apontada como um foco único de poder de mercado digital que tem implicações nas oportunidades de inovação no ecossistema. Nesse sentido, relatórios recentes sobre a política da concorrência têm apresentado novos conceitos jurídicos que buscam captar essa forma de poder econômico derivada da posição estratégica ocupada por uma plataforma digital em determinada rede de valor (*Machtpositionen von Plattformen*)¹⁰⁷¹. Esses novos conceitos assumem terminologias diversas, tais como poder de gargalo (*bottleneck power*)¹⁰⁷², poder de intermediação („*Intermediationsmacht*“)¹⁰⁷³, *status* de mercado estratégico (*strategic market status*)¹⁰⁷⁴, parceiro comercial inevitável (*unavoidable trading partner*)¹⁰⁷⁵ e *gatekeeper*.

¹⁰⁶⁹ JENNY, F. Competition law and digital ecosystems: learning to walk before we run. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–47, mar. 2021 (ressalta-se, dentre outros pontos, que "the notion of relevant market does not define either the locus of activity of digital consumption ecosystems or the locus of competition between ecosystem"); e CRANE, D. A. Ecosystem competition and the antitrust laws. *Nebraska Law Review*, v. 98, n. 2, pp. 412–424, 2019 ("ecosystem competition among firms that are not horizontally related do have important consequences for consumer welfare, and hence should be a proper subject of antitrust scrutiny").

¹⁰⁷⁰ PETROPOULOS, G. Competition economics of digital ecosystems. *Submissão para o 134º encontro do Comitê de Concorrência da OCDE*, pp. 5–6, nov. 2020.

¹⁰⁷¹ BMWI. *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft: Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*. 2019. pp. 31–32.

¹⁰⁷² STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State. 2019. pp. 105–106 (o relatório acentua que o poder de gargalo descreve uma situação em que, do lado gratuito da plataforma, os consumidores são principalmente *single-homing* e dependem de apenas um provedor de serviços, o que dificulta ou impede que outros provedores de serviços cheguem aos mesmos consumidores, mesmo que os agentes do outro lado da plataforma, como os anunciantes, sejam *multi-homings*).

¹⁰⁷³ SCHWEITZER, H. *et. al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17*, pp. 66–74, 2018 (os autores propõem o conceito de "poder de intermediação" como o poder de mercado que surge da dependência que os consumidores têm em relação a um agente intermediário capaz de oferecer listagens e classificações de ofertas mais úteis para o consumidor. Nesses casos, uma parte considerável do volume de transações depende do *matchmaking* feito pelo intermediário ("*erheblicher Teil des Umsatzes von einem „fairen“ Matchmaking durch den Informationsintermediär abhängen*").

¹⁰⁷⁴ FURMAN, J. *et. al.* *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 41.

¹⁰⁷⁵ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 49.

De forma comum, essas definições ressaltam que o poder de mercado de alguns intermediários surge da relação de extrema dependência que os usuários estabelecem para com eles. Do ponto de vista normativo, essas terminologias ressignificam o "gatilho" ou "limiar" da intervenção antitruste. Elas podem ser utilizadas pelos formuladores de políticas públicas para criar um padrão de intervenção em mercados digitais¹⁰⁷⁶. Nesse sentido, em vez de confiar nas tradicionais métricas de posição dominante lastreadas em definições de mercado relevante, a identificação de determinado agente como um detentor de poder posicional – *e.g.* controlador de gargalo competitivo ou posição de *gatekeeper* – seria o substrato necessário para submeter esse agente a um tipo especial de responsabilidade antitruste.

Mesmo que não seja o objetivo desta tese investigar em profundidade as propostas de poder posicional, parece-nos relevante diagnosticar que elas realçam que a posição ocupada por uma plataforma digital em um ecossistema pode lhe garantir a capacidade de alterar unilateralmente as condições de concorrência e, por conseguinte, a disputa por inovação.

3. Redefinindo a metodologia de mercados relevantes para apreensão da capacidade de alteração unilateral das condições de inovação

As fragilidades das definições de mercado relevantes se tornam especialmente críticas em setores econômicos marcados por intenso dinamismo tecnológico. As teorias de concorrência dinâmica discutidas nesta tese diagnosticam que o juízo de poder de mercado e a avaliação dos efeitos anticompetitivos de condutas unilaterais podem ser distorcidos se examinados a partir de uma radiografia de concorrência restrita a fatores de mercado atuais, como preço e nível de oferta¹⁰⁷⁷. Sob essa lógica, haveria quase uma incompatibilidade intrínseca entre a análise antitruste focada em produtos e serviços atuais e o objetivo de preservação de eficiências dinâmicas de longo prazo.

Essa suposta incompatibilidade coloca as autoridades em uma verdadeira encruzilhada. Se, de um lado, a adoção de ferramentas analíticas baseadas na teoria econômica neoclássica firmou-se essencial para garantir algum nível de cientificidade e previsibilidade para a política antitruste, por outro, a aplicação sumária dos critérios tradicionais de definição de mercado relevante às indústrias

¹⁰⁷⁶ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, p. 48, 2020.

¹⁰⁷⁷ Vide item 3 do Capítulo 1.

dinâmicas gera frequentemente conclusões distorcidas sobre o poder de mercado, haja vista que esses critérios tendem a gerar mercados artificialmente mais restritos¹⁰⁷⁸.

De fato, o foco nos preços atuais traduzidos no TMH obscurece os outros parâmetros competitivos importantes no contexto da inovação, como a *performance* dos produtos ofertados¹⁰⁷⁹, a concentração de ativos nas cadeias *upstream*¹⁰⁸⁰, o papel exercido pelos direitos de propriedade intelectual e as forças dos efeitos de rede¹⁰⁸¹. Além disso, os mercados digitais examinados nesta tese exibem a tendência de transformação contínua dos produtos e serviços ofertados que dificulta sobremaneira a definição de mercado relevante¹⁰⁸².

Sem embargos dessas notáveis dificuldades, esta tese propõe que as autoridades busquem fazer uma delimitação de mercados relevantes em dois cenários. Essa sugestão visa a realçar, de forma didática, as distintas pressões competitivas enfrentadas pelas plataformas digitais na disputa por produtos atuais e por inovações. Sua compreensão facilitará, no Capítulo 6, a verificação das condutas anticompetitivas a partir das teorias do dano estabelecidas no Capítulo 4.

Os dois cenários de definição de mercados relevantes são complementares e contíguos, no sentido de que as linhas que separam cada um deles não são e nem devem ser tomadas como estanques. A ilustração abaixo representa as constantes zonas de intersecção entre cada uma das unidades de análise de mercado relevante, onde as forças de concorrência e de inovação se relacionam constantemente.

¹⁰⁷⁸ HARTMAN, R. *et al.* Assessing market power in regimes of rapid technological chance. *Industrial and Corporate Change*, v. 2, n. 3, p. 322, 1993; e PLEATSIKAS, C.; TEECE, D. The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, pp. 665–693, 2001.

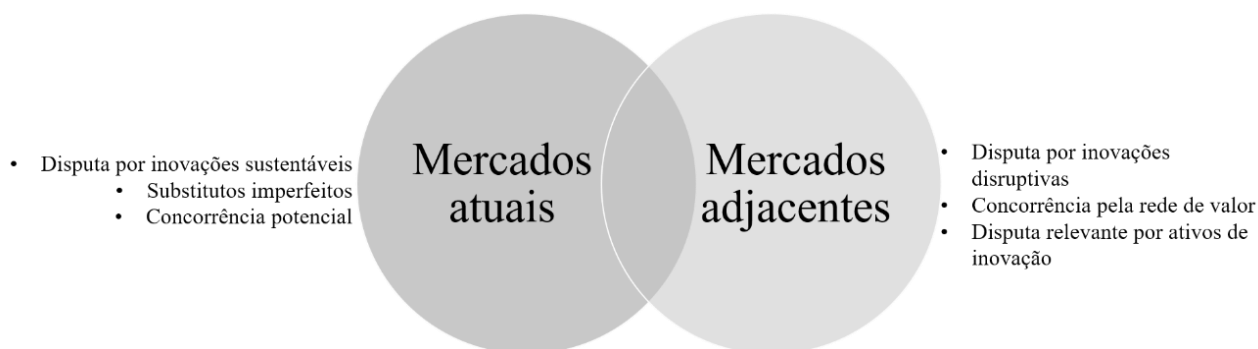
¹⁰⁷⁹ PLEATSIKAS, C.; TEECE, D. The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, p. 663, 2001.

¹⁰⁸⁰ BAXTER, W. F. The definition and measurement of market power in industries characterized by rapidly developing and changing technologies. *Antitrust Law Journal*, v. 53, n. 3, p. 721, 1984; e ORDOVER, J.; BAUMOL, W. Antitrust policy and high-technology industries. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 4, n. 4, p. 15, 1988.

¹⁰⁸¹ RUBINFELD, D. L. Antitrust enforcement in dynamic network industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 3–4, p. 864, 1998.

¹⁰⁸² Para uma análise sobre como os mercados digitais exibem características de mercados inovadores e as repercussões disso para a definição de mercados relevantes, cf. ROBERTSON, V. H. S. E. *Competition law's innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. New York: Hart Publishing, 2020. pp. 91–99.

Figura 13 – Proposta de unidades de mercados relevantes atuais, adjacentes e futuros



Fonte: elaboração própria.

Ressalta-se, também, que esta tese não desconsidera a discussão, bastante longa na doutrina antitruste, sobre a necessidade de definição de mercados "futuros" ou "mercados de P&D". Essa metodologia, no entanto, atraiu duras críticas e foi praticamente abandonada pelas autoridades nos últimos dez anos. Não se nega também que uma variação dessa metodologia parece estar sendo desenvolvida sobretudo no âmbito da jurisprudência da Comissão Europeia nas discussões de espaços de inovação¹⁰⁸³. Todavia, para os fins desta tese, entendemos que não é necessário e nem oportuno adentrar a discussão sobre mercados relevantes futuros. Pois a utilidade dessa metodologia é historicamente pensada para o controle de estruturas e não para o controle de condutas. Além disso, as críticas que lhe são endereçadas – sobretudo a ausência de critérios claros para definição desses mercados a partir de ativos de P&D – nos parecem insuperáveis no campo dos mercados digitais, em que o processo de inovação, na maioria das vezes, ocorre de forma não sistemática, qual se verifica, por exemplo, nas indústrias farmacêuticas.

Feita essa ressalva, a fim de esmiuçar os conceitos e as teorias que estruturam a proposta aqui lançada, nos próximos itens serão analisados os elementos que compõem a definição dos mercados relevantes atuais (item 3.1) e adjacentes (item 3.2).

3.1. Mercados relevantes atuais

A disputa por inovações incrementais ou sustentáveis pode ser considerada como fator de concorrência em um mercado relevante atual. Pois, nessas hipóteses, as melhorias das principais características dos produtos existentes ou a redução dos seus custos de produção podem não alterar

¹⁰⁸³ Essa discussão é enfrentada, com riqueza de detalhes, em TODINO, M.; VAN DE WALLE, G.; STOICAN, L. EU merger control and harm to innovation: a long walk to freedom (from the chains of causation). *The Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 1, pp. 11–30, 2018.

aspectos essenciais sob a ótica da demanda, de maneira que se torna desnecessário delimitar um novo mercado relevante¹⁰⁸⁴.

As inovações sustentáveis – ou incrementais – são desenvolvidas por ofertantes atuais ou potenciais a partir de uma linha regular de seus negócios ou de investimentos específicos em P&D. A marca distintiva desse tipo de inovação consiste na retenção de aspectos essenciais de um produto tradicionalmente valorados pelos consumidores em uma perspectiva histórica¹⁰⁸⁵.

Mesmo que se trate de uma inovação passível de ocorrer por um novo entrante, naquilo considerado essencial para análise antitruste, as modificações resultantes da atividade inovadora não são capazes de afetar a elasticidade da demanda em relação aos produtos atualmente ofertados¹⁰⁸⁶. Essas inovações podem, inclusive, envolver modificações radicais em parâmetros tecnológicos do produto. No entanto, elas não implicam mudanças substantivas no atendimento das necessidades dos consumidores, de modo que elas não ensejam a delimitação de um novo mercado relevante¹⁰⁸⁷.

Isso não significa, porém, que a análise antitruste não deva ser distinta daquela tradicionalmente operacionalizada em mercados tradicionais. Embora a metodologia de mercados relevantes não seja totalmente descartada nessas situações, é necessário estar atento às particularidades da concorrência dinâmica.

Sob essa perspectiva de concorrência em um dado mercado relevante, a inovação na concorrência dinâmica entre plataformas digitais pode ser apreendida na análise antitruste como resultante da rivalidade atual entre produtos diferenciados (item 3.1.1) ou com foco na competição potencial (item 3.1.2).

3.1.1. Concorrência imperfeita pela diferenciação de produtos

À semelhança do que ocorre em diversos outros setores dinâmicos nos quais a competição não se desenvolve apenas com foco em preços atuais, as plataformas digitais competem intensamente nas dimensões de qualidade e de *performance*. Por isso, para que a inovação seja

¹⁰⁸⁴ DREXL, J. Anticompetitive stumbling stones on the way to a cleaner world: protecting competition in innovation without a market. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 3, pp. 513–514, 2012. ("Innovation often leads to mere improvements of products or processes without creating new markets or replacing previous markets with new ones. Such incremental or 'evolutionary' innovation takes place in existing markets"); EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, p. 37, 2020.

¹⁰⁸⁵ CHRISTENSEN, C. M. *The innovator's dilemma: when technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 1997. p. xiv; e GRAEF, I. GRAEF, I. *Data as essential facility: competition and innovation on online platforms*. 410 f. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculty of Law, 2016. pp. 77–78.

¹⁰⁸⁶ BUNDESKARTELLAMT. *Innovations: Challenges for Competition Law Practice*, p. 4, nov. 2017.

¹⁰⁸⁷ GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: E.U. competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 195. ("where current products constitute the point of departure, the analysis is more likely to look at the conditions for incremental innovation: improvements on current products and production processes").

adequadamente considerada na concorrência atual, a análise antitruste deve considerar que esses agentes econômicos disputam por fatores de diferenciação, o que distancia o processo competitivo daquele observado nas indústrias tradicionais¹⁰⁸⁸.

Na primeira metade do século passado, o pressuposto de homogeneidade da oferta implícito no modelo de concorrência perfeita já era criticado na ciência econômica¹⁰⁸⁹, a partir da teoria de concorrência imperfeita de JOAN ROBINSON¹⁰⁹⁰ e da teoria de concorrência monopolística de EDWARD CHAMBERLAIN¹⁰⁹¹. De forma convergente, esses autores sustentam que as condições de homogeneidade da oferta são raramente observadas nos mercados reais, considerando a distinção dos produtos em termos de qualidade e diante da possibilidade de discriminação de preços¹⁰⁹². Tais fatores relativizam fortemente o pressuposto das empresas como meras tomadoras de preço¹⁰⁹³.

As estratégias de diferenciação da oferta tendem a apontar para a existência de mercados atomizados, como se cada produto diferenciado originasse um monopólio distinto, ainda que em cada um desses mercados houvesse algum grau de rivalidade¹⁰⁹⁴. A má-compreensão desse fenômeno poderia levar à desconsideração da existência de bens substitutos "indiretos" ou "imperfeitos" que servem à mesma finalidade funcional, em um grau distinto de um substituto direto¹⁰⁹⁵.

A compreensão dos limites das definições de mercados relevantes frente à presença de produtos diferenciados ajuda a melhor compreender o processo competitivo dinâmico em mercados digitais.

De fato, a delimitação artificial do mercado antitruste concebe um espaço imaginário em que os produtos ofertados são não apenas intercambiáveis como também são substitutos diretos homogêneos. Nesse espaço, portanto, desvios de demanda variam em proporção idealmente

¹⁰⁸⁸ Ressalta-se que, na teoria econômica de concorrência imperfeita desenvolvida a partir dos trabalhos de Edward Chamberlin, o autor faz uma distinção entre a inovação em si, que resulta da alteração das qualidades do produto e reflete o verdadeiro progresso econômico, da mera diferenciação superficial de um produto, que geralmente decorre de uma manipulação publicitária. CHAMBERLIN, E. H. *The theory of monopolistic competition: a re-orientation of the theory of value*. Cambridge, Massachusetts: Oxford University Press, 1969. pp. 272–274.

¹⁰⁸⁹ KEYTE, J. A. Market definition and differentiated products: the need for a workable standard. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 3, pp. 701–703, 1995.

¹⁰⁹⁰ ROBINSON, J. *The economics of imperfect competition*. 2. ed. Macmillan: ST Martin's Press, 1969.

¹⁰⁹¹ CHAMBERLIN, E. H. *The theory of monopolistic competition: a re-orientation of the theory of value*. Cambridge, Massachusetts: Oxford University Press, 1969.

¹⁰⁹² ROBINSON, J. *The economics of imperfect competition*. 2. ed. Macmillan: ST Martin's Press, 1969. pp. 179–181 ("if there is some degree of market imperfection there can be some degree of discrimination. The market is imperfect because customers will not move readily from one seller to another, and if it is possible for an individual seller to divide his market into separate parts, price discriminations becomes practicable").

¹⁰⁹³ CHAMBERLIN, E. H. *The Theory of monopolistic competition: a re-orientation of the theory of value*. Cambridge, Massachusetts: Oxford University Press, 1969. p. 64.

¹⁰⁹⁴ CHAMBERLIN, E. H. Product heterogeneity and public policy. *The American Economic Review*, v. 40, n. 2, p. 86.

¹⁰⁹⁵ KEYTE, J. A. Market definition and differentiated products: the need for a workable standard. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 3, p. 702, 1995.

constante em função de fatores como preço, qualidade e quantidade. Nos mercados digitais, por outro lado, a substitubilidade, tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta, afasta-se de qualquer padrão de linearidade.

Sob a ótica da demanda, as plataformas digitais sofrem pressões competitivas de substitutos imperfeitos, isto é, de produtos que servem à mesma finalidade de uso pelo consumidor, que, no entanto, apresentam características tecnológicas aprimoradas. O mesmo ocorre em relação a produtos complementares, ou seja, produtos que, em um primeiro momento, ofereceriam apenas uma utilidade marginal àquela resultante do atendimento da demanda pelo produto principal, que se tornam, em alguma medida, substitutivos em relação a ele.

Alguns exemplos desse fenômeno são as pressões competitivas entre ferramentas de buscas gerais – *e.g. Google* – e ferramentas de buscas especializadas – *e.g. SkyScanner, Buscapé, Bondfaro* etc. –, ou entre redes sociais – *e.g. Facebook* ou *Instagram* – e marketplaces – *e.g. Amazon* ou *Mercado Livre*. Mesmo quando pode parecer evidente que se trata de produtos distintos, pode haver sobreposições sob o ponto de vista da funcionalidade para o usuário final¹⁰⁹⁶.

Além disso, a importância da diferenciação de produtos para o processo competitivo deriva da própria natureza dos modelos de negócios baseados em dados¹⁰⁹⁷. O processo de *data-driven innovation* descrito no Capítulo 4 possibilita que as plataformas melhorem constantemente os seus produtos a partir de estratégias de individualização e personalização da oferta¹⁰⁹⁸, internalizando as diferenças entre os perfis de usuários e a capacidade de predição dos seus comportamentos¹⁰⁹⁹. Ou seja, as plataformas digitais podem se valer do ciclo de obtenção, armazenamento e tratamento de dados com o intuito de aprimorar a qualidade da oferta dos seus produtos e serviços nos mercados relevantes atuais.

A rigor, essa força da substitutibilidade imperfeita nas plataformas digitais está diretamente relacionada à modularidade dos ativos envolvidos¹¹⁰⁰. O fato de os principais *inputs* da oferta desses serviços – como dados, algoritmos, *softwares* e *hardwares* – poderem ser compartilhados e

¹⁰⁹⁶ ROBERTSON, V. H. S. E. *Competition law's innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Neova Iorque: Hart Publishing, 2020. p. 120.

¹⁰⁹⁷ ROBERTSON, V. H. S. E. Delineating digital markets under EU competition law: challenging or futile? *The Competition Law Review*, v. 12, n. 2, pp. 143–144, 2017 ("the digital world offers a plethora of new possibilities for differentiation – and also for substitution – thus increasing the relevance of this issue").

¹⁰⁹⁸ LIANOS, I. Digitalisation and competition law: new challenges. In: SILVEIRA, P. B. da.; KOVACIC, W. E. *Global competition enforcement: new players, new challenges*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2019. p. 32.

¹⁰⁹⁹ OCDE. Big data: bringing competition policy to digital era. *Background Paper by the Secretariat*. Paris: 2016. pp. 7–8.

¹¹⁰⁰

combinados de diferentes formas em processos produtivos autônomos amplia as chances de resultados aleatórios de inovação¹¹⁰¹.

Frequentemente, os resultados das inovações se traduzem em melhorias incrementais que continuam atendendo às mesmas necessidades principais dos consumidores daquele mercado relevante, embora não se cogite, *a priori*, que o produto principal e o produto aprimorado concorram diretamente no mesmo mercado relevante. Há diversos exemplos ilustrativos de que a introdução de melhorias ou inovações sustentáveis em serviços atuais em um mercado relevante é uma tônica dos mercados digitais. Na competição entre ferramentas de buscas, por exemplo, na medida em que os usuários são atraídos pela capacidade da plataforma de exibir resultados orgânicos que tenham aderência com as fontes de buscas, torna-se determinante para o sucesso das plataformas o uso intensivo de algoritmos inteligentes, tecnologias de *web-crawling* e de indexação e com sistemas de coleta e análise de dados¹¹⁰². Em mercados como esse, a descontinuidade das melhorias incrementais pode ser determinante inclusive para uma eventual perda de participação de mercado atual¹¹⁰³.

Assim, torna-se evidente que uma forma relevante de apreender a inovação é considerá-la como uma força de competição em um mercado relevante atual. Essa constatação abre margem para o entendimento de que, principalmente quando o agente dominante impõe restrições diretas à concorrência horizontal em determinado mercado, a diminuição da inovação se projeta como um resultado natural da diminuição do processo competitivo. Tais riscos serão oportunamente abordados no Capítulo 6, sobretudo quando da análise das práticas de apropriação de conteúdo de terceiros pelas plataformas digitais dominantes.

3.1.2. Concorrência potencial

Além de levar em consideração a disputa por inovação traduzida na concorrência entre produtos diferenciados, a análise antitruste focada na preservação dos incentivos de inovação deve

¹¹⁰¹ PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 122; e BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, p. 10, mar. 2019.

¹¹⁰² LIANOS, I.; MOTCHENKOVA, E. Market dominance and search quality in the search engine market. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, p. 421, 2013 ("In pursuit of quality improvement, search engines invest heavily in technology. Search engines are R&D intensive, and the market generally displays high levels of innovation"); LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, 2014, p. 30 ("a key determinant of search quality is the amount and caliber of engineering resources devoted to improving a search engine's algorithms"); e MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Google and the limits of antitrust: the case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, p. 143, 2010 ("Google's search results are built on a host of innovative technologies").

¹¹⁰³ DEVINE, K. L. Preserving competition in multi-sided innovative markets: how do you solve a problem like Google? *North Carolina Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 1, pp. 89–92, 2008.

considerar a concorrência imposta por competidores potenciais, assim entendidos como empresas localizadas fora do mercado relevante, cuja entrada pode ocorrer (i) por uma extensão do mercado; (ii) por uma extensão do produto; ou, ainda, (iii) por decisão da própria empresa.

A doutrina da concorrência potencial foi originalmente concebida no direito norte-americano a partir dos trabalhos de JOHN CLARK, tendo sido posteriormente aprofundada na teoria econômica de mercados contestáveis¹¹⁰⁴. A ideia básica por trás dessa definição diz respeito ao possível efeito disciplinador dos agentes dominantes decorrentes de uma nova entrada, o que os impediria de exercer o seu poder de mercado, mesmo sob condições de concorrência imperfeitas¹¹⁰⁵.

Na última metade do século passado, os Tribunais norte-americanos aprofundaram o uso da doutrina de concorrência potencial na revisão de fusões não horizontais, invocando-a como teoria do dano de eliminação de um competidor futuro¹¹⁰⁶. A aplicação dessa doutrina variou bastante ao longo dos anos, tendo a Suprema Corte norte-americana modificado alguns *standards* de sua apreciação¹¹⁰⁷.

Partindo desse desenvolvimento jurisprudencial no direito norte-americano, foram estabelecidas duas versões da doutrina¹¹⁰⁸. Na primeira, chamada de concorrência potencial percebida (*perceived potential competition*)¹¹⁰⁹, uma fusão pode ser considerada anticompetitiva se demonstrado que o agente dominante, já no cenário pré-fusão, percebia a pressão competitiva imposta pela firma adquirida, mesmo que esta não fizesse parte do mercado atual e nem mesmo tivesse planos concretos de entrada¹¹¹⁰. Nesse caso, a força da concorrência potencial percebida faz

¹¹⁰⁴ KERN, B. R. Innovation markets, future markets, or potential competition: how should competition authorities account for innovation competition in merger reviews? *World Competition Law and Economics Review*, v. 37, n. 2, p. 176, 2014.

¹¹⁰⁵ KERN, B. R. Innovation markets, future markets, or potential competition: how should competition authorities account for innovation competition in merger reviews? *World Competition Law and Economics Review*, v. 37, n. 2, p. 176, 2014.

¹¹⁰⁶ YUN, J. M.; SCALIA, A.; MASON, G. *Are we dropping the crystal ball?* Understanding nascent & potential competition in antitrust. [s.l.]: 2020. pp. 11–13 (discute a aplicação dessa doutrina nos casos *United States v. El Paso Natural Gas* (1964) e *United States v. Falstaff Brewing* (1973)).

¹¹⁰⁷ Para uma análise dessa evolução, cf. KLIMOWICZ, H. S. Reinvigorating the perceived potential competition theory: an analysis of the potential competition doctrine and *FTC v. Steris Corp.* *Seton Hall Law Review*, v. 18, n. 2012, pp. 182–190, 2018.

¹¹⁰⁸ KWOKA, J. Eliminating potential competition. *Competition Law and Policy*, v. 1437, n. 1956, pp. 1438, 2008.

¹¹⁰⁹ EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Merger guideline*. 1984. § 4.111 ("4.111 Harm to 'Perceived Potential Competition': by eliminating a significant present competitive threat that constrains the behavior of the firms already in the market, the merger could result in an immediate deterioration in market performance.")

¹¹¹⁰ DORIGAN, W. E. The potential competition doctrine: the Justice Department's antitrust weapon under section 7 of Calyton Act. *The John Marshall Law Review*, v. 8, n. 3, p. 417, 1975 ("the violation occurs when, as a result of the acquisition or merger, the acquiring corporation ceases to be a pro-competitive influence on other businesses in that specific market").

com que a empresa seja estimulada a inovar no mercado pelo medo da possível entrada naquele mercado relevante específico¹¹¹¹.

Na segunda versão, denominada concorrência potencial atual (*actual potential competition*)¹¹¹², pressupõe-se que uma fusão seria ilícita se demonstrado que ela impediu uma nova entrada altamente plausível que poderia tornar o mercado menos concentrado e mais competitivo. Nessa hipótese, porém, o agente econômico incumbente não perceberia a possibilidade dessa entrada, de forma que o medo do novo entrante não seria um fator que disciplinava o exercício de poder de mercado atual¹¹¹³.

Em essência, o que difere as duas vertentes é, enquanto a doutrina de concorrência potencial atual visa a proteger um cenário econômico mais competitivo que poderia ser formado com uma nova entrada, a doutrina de concorrência potencial percebida procura preservar os benefícios econômicos atuais advindos da pressão competitiva do competidor potencial¹¹¹⁴. Assim, enquanto a abordagem de concorrência potencial percebida é amplamente aceita na jurisprudência norte-americana, inclusive pela Suprema Corte¹¹¹⁵, a abordagem concorrência potencial atual passou a ser vista como uma versão mais "fraca" e "especulativa" da teoria, uma vez que seria altamente problemático provar a probabilidade da entrada em um cenário contrafactual¹¹¹⁶.

Embora a doutrina de concorrência potencial tenha larga aplicação no controle de estruturas norte-americano, no direito comunitário europeu, por outro lado, o seu desenvolvimento se deu de maneira muito mais limitada¹¹¹⁷, motivo pelo qual não será objeto de maiores considerações nesta tese.

A despeito da sua longa tradição no direito norte-americano, a doutrina da concorrência potencial parece só ter sido internalizada de forma mais profunda no Brasil a partir da recente edição do *Guia de concentrações horizontais* do CADE de 2016¹¹¹⁸. De acordo com o referido guia,

¹¹¹¹ BRODLEY, J. F. Potential competition under the merger guidelines. *California Law Review*, v. 71, n. 2, p. 377, 1983.

¹¹¹² EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Merger guideline*. 1984, § 4.112 ("4.112 Harm to 'Actual Potential Competition': By eliminating the possibility of entry by the acquiring firm in a more procompetitive manner, the merger could result in a lost opportunity for improvement in market performance resulting from the addition of a significant competitor").

¹¹¹³ KWOKA, J. Eliminating potential competition. *Competition Law and Policy*, v. 1437, n. 1956, p. 1438, 2008 ("firm [...] is likely to enter the market, even if it is not so perceived by the incumbent firm").

¹¹¹⁴ KLIMOWICZ, H. S. Reinvigorating the perceived potential competition theory: an analysis of the potential competition doctrine and *FTC v. Steris Corp.* *Seton Hall Law Review*, v. 18, n. 2012, p. 175, 2018.

¹¹¹⁵ KWOKA, J. E. Non-incumbent competition: mergers involving constraining and prospective competitors. *Competition Law and Policy*, v. 52, n. 1, pp. 175–177, 2001.

¹¹¹⁶ BRODLEY, J. F. Potential competition under the merger guidelines. *California Law Review*, v. 71, n. 2, pp. 378–379, 1983.

¹¹¹⁷ ROBERTSON, V. H. S. E. *Competition law's innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Oxford: Hart Publishing, 2020. pp. 132–133.

¹¹¹⁸ OLIVEIRA, M. N. de. Concorrência potencial: teoria do dano ou futurologia? *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2, p. 25, 2017 (destaca-se que "até a edição do Guia H, a teoria de concorrência potencial não era objeto de atenção da

as fusões entre uma empresa ativa em determinado mercado relevante e um concorrente potencial "podem ter efeitos anticoncorrenciais semelhantes aos de atos de concentração entre duas empresas ativas no mesmo mercado relevante"¹¹¹⁹.

Ao nosso ver, a despeito da introdução dessa teoria no *Guia H*, o CADE tem demonstrado alguma relutância em aplicar a casos concretos teorias do dano de fusões baseadas na ideia de concorrência potencial. Na análise da fusão *BM&F Bovespa/CETIP*, a Superintendência-Geral do CADE colheu evidências de que a *BVMF* teria demonstrado interesse em expandir a sua atuação no segmento de balcão e considerou que "a entrada potencial da *BFMV* em outros segmentos de balcão não pode ser descartada, sendo um efeito negativo adicional decorrente desta operação"¹¹²⁰.

Todavia, a própria Superintendência-Geral, naquilo que foi acompanhada pelo Tribunal, concluiu que seria desproporcional reprovar a operação, na medida em que o problema de eliminação da concorrência potencial "poderia ser mitigado por remédios menos dramáticos"¹¹²¹. Da mesma forma, na fusão *Itaú/XP*, a Superintendência-Geral reconheceu que a operação poderia eliminar um importante concorrente potencial¹¹²², entretanto desenvolveu uma análise muito mais baseada na identificação da *XP* como uma *maverick* do que como um concorrente potencial¹¹²³.

A posição defendida nesta tese determina que a doutrina de concorrência potencial pode ser revigorada no direito concorrencial brasileiro para além do controle de condutas. Especificamente nos mercados digitais, essa doutrina encontra um campo de aplicação oportuno para apreensão do poder de mercado digital¹¹²⁴ e, por conseguinte, dos efeitos de exclusão sobre a inovação.

Se a percepção de um concorrente potencial pode impedir o exercício de poder de mercado que poderia resultar na fixação de preços supracompetitivos, de forma semelhante, nos mercados digitais, a pressão imposta pelo competidor potencial pode ter efeitos disciplinadores no incentivo à inovação¹¹²⁵.

autoridade concorrencial brasileira, tendo em vista que o guia anterior, editado pela SEAE em 2001, não fazia menção à sua existência e as implicações de seu uso em análise de concentrações econômicas").

¹¹¹⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: 2016. p. 51.

¹¹²⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Parecer Técnico nº 25/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI nº 0272994). Brasília: 2016. pp. 58–59.

¹¹²¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Parecer Técnico nº 25/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI nº 0272994). Brasília: 2016. p. 84.

¹¹²² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Ato de Concentração 08700.004431/2017-16. Parecer Técnico nº 24 Superintendência-Geral. 2017.

¹¹²³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16. Parecer Técnico nº 24 Superintendência-Geral. 2017. § 121 - § 143 ("a conclusão a respeito do papel exercido pela *XP* no mercado brasileiro é bastante óbvia, no sentido de que a empresa exerce a função de *maverick* nos mercados de corretagem e de distribuição de produtos de investimento").

¹¹²⁴ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, pp. 26–27, 2020.

¹¹²⁵ Em defesa de um revigoramento da doutrina de concorrência potencial, com foco maior na análise de estruturas, cf. STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*.

Como examinado nos Capítulos anteriores, os mercados digitais apresentam características típicas de setores dinâmicos – *e.g.* a presença de fortes externalidades de redes, ciclos relativamente curtos de produtos e a prevalência da disputa por *performance*¹¹²⁶. Soma-se a isso, consoante destacado no tópico anterior, o elevado grau de diferenciação da oferta¹¹²⁷.

Nesse contexto, a incorporação da doutrina de concorrência potencial pode ajudar a autoridade antitruste a compreender que as relações de substitutibilidade entre os produtos ofertados pelas plataformas digitais tendem a se tornar muito mais flexíveis do que se presume em um mercado relevante estático¹¹²⁸. Na linha da ideia de concorrência potencial percebida, é possível, a partir de evidências qualitativas, chegar à conclusão de que a pressão competitiva imposta por concorrentes potenciais situados fora do mercado relevante pode ser significativa.

A figura abaixo ilustra como as fronteiras do mercado relevante atual podem ser consideradas no contexto de forças competitivas contíguas às fronteiras de um mercado relevante atual, diferenciando as pressões impostas por substitutos diretos e as pressões competitivas exercidas na zona de concorrência potencial pelos substitutos imperfeitos e complementares.

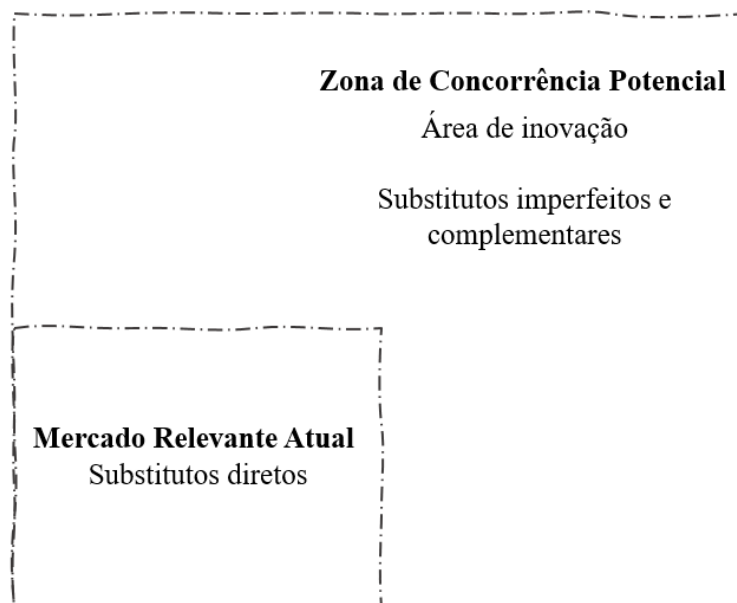
Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 111–112 ("*In its merger review process, the DA [Digital Authority] could be explicitly tasked with evaluating a given merger's likely harm to existing as well as potential competition*"); AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Digital platforms inquiry*. Canberra: ACCC Publisher, 2019. p. 105; CADE *et. al.* BRICS in the digital economy: competition policy in practice: *1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy*, v. 53, n. 9, p. 90, 2019; e CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H.. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. pp. 110–120. Este último relatório é o único que aborda uma discussão mais abrangente do conceito de concorrência potencial nos mercados digitais, sugerindo que a análise da concorrência potencial poderia levar a um subdimensionamento do poder de mercado das plataformas.

¹¹²⁶ LIND, R.; MUYSERT, P.; WALKER, M. Innovation and competition policy. *Economic Discussion Paper 3*, pp. 23–28, mar. 2002; e ROBERTSON, V. H. S. E. Delineating digital markets under EU competition law: challenging or futile? *The Competition Law Review*, v. 12, n. 2, pp. 133–134, 2017.

¹¹²⁷ GÜRKAYNAK, G. *et. al.* Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 5, n. 1, p. 117, 2017 ("*in dynamic multisided markets, competition often enters the market through differentiated products finding additional niches in the market*"); BRICS COMPETITION INNOVATION LAW & POLICY JOINT RESEARCH PLATFORM. *Digital era competition: BRICS View*. Moscou: BRICS Competition Law and Policy Centre, 2020. pp. 161–162. ("*products are often extremely differentiated across platforms, so the difficulties in delimiting markets in differentiated goods is amplified in a two-sided market setting*"); e OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018. pp. 18–19. ("*platforms are highly differentiated (e.g. strengths in different geographic areas, or amongst different types of user), and the network effects themselves drive much of this differentiation*").

¹¹²⁸ ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis*. Berlim: Bundeskartellamt, 2017. p. 25.

Figura 14 – Fronteiras do mercado relevante atual e da zona de concorrência potencial



Fonte: elaboração própria.

A verificação da concorrência potencial fornece um quadro das pressões de concorrência dinâmica para além da tradicional análise de substitutibilidade da oferta¹¹²⁹. Enquanto nesta última perspectiva examina-se a possibilidade de um concorrente fora do mercado atual passar a ofertar um produto substituto em um *time-frame* razoável, a análise da concorrência potencial em mercados digitais deve focar nas capacidades inovativas detidas por empresas fora do mercado atual que podem resultar na introdução de substitutos imperfeitos¹¹³⁰.

Na realidade, o elevado potencial de inovação dos mercados digitais já tornaria importante o exame da concorrência potencial. O uso intensivo de ferramentas de *big data* e de *big analytics* permite que as grandes plataformas digitais sejam dotadas de maior capacidade de prever mudanças nas preferências dos consumidores e adaptar as suas ofertas¹¹³¹. Essa capacidade de adaptação em

¹¹²⁹ A rigor, há muitas confusões na literatura e na própria prática antitruste entre o conceito de concorrência potencial e a análise de substitutibilidade pelo lado da oferta. Ambas as ferramentas são destinadas a aferir em que medida um concorrente fora do mercado relevante atual pode conter o exercício de poder de mercado pelo agente dominante. No entanto, enquanto o exame da substitutibilidade da oferta tende a se basear em um curto tempo (dois ou três anos), a possibilidade de entrada de um competidor potencial pode ser mais longínqua ou mesmo nem sequer ser plausível em um período razoavelmente breve. Nesse sentido, cf. SCHMIDT, I.; HAUCAP, J. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung*. Munique: Oldenbourg Verlag, 2013. pp. 85–86.

¹¹³⁰ PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data and competition policy: favoring dynamic over static competition. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 49, 2021 ("*potential competition should not focus on supply side substitution possibilities, but on technology 'peers'*").

¹¹³¹ OCDE. Big data: bringing competition policy to digital era. *Background Paper by the Secretariat*. 2016. p. 6; e EBEN, M. A. K. *Addressing the main hurdles of product market definition for online services: products, price, and dynamic competition*. 389 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - The University of Leeds, 2019. p. 279.

um *time-frame* razoável baseada em predições é chamada por alguns autores de *nowcasting radar*¹¹³².

Esse "radar" pode tanto informar a decisão de uma plataforma de entrar em um novo mercado quanto a estratégia de um incumbente que busca impedir novas ameaças ao seu modelo de negócio. Nesse particular, algumas plataformas digitais dominantes podem estar em uma posição muito propícia para clonarem ou imitarem funcionalidades de serviços potencialmente concorrentes¹¹³³. O exame da pressão competitiva imposta por um concorrente potencial, assim, deve levar em consideração em que medida tal capacidade de monitoramento pode ser empregada para entradas indiretas.

Ademais, em relação ao lado da oferta, a estrutura de custos das grandes plataformas também pode ter um impacto significativo na ameaça de entradas. Em decorrência das elevadas economias de escala e de escopo, há inúmeras relações de complementariedade na produção e no consumo de produtos digitais¹¹³⁴. As relações de escopo e atuação em múltiplos mercados, como examinado, podem advir do elevado custo fixo inicial incorridos na manutenção de ativos-chave para o processo de inovação que podem ser utilizados para diversos produtos que ocupam mercados relevantes diferentes¹¹³⁵.

Nas situações em que se percebe a concorrência potencial pela inovação de forma significativa em torno de um produto atual, a utilização dessa doutrina implica duas importantes consequências para a análise antitruste de plataformas digitais.

Em primeiro lugar, mesmo que se identifique que determinada plataforma possui elevado *market share*, a existência de uma pressão competitiva potencial dinâmica pode relativizar a sua capacidade de retardar a inovação¹¹³⁶. Nesse sentido, o exame da concorrência potencial pode surgir como fator de calibragem da etapa de aferição do poder de mercado. Isso não quer dizer, porém, que a análise de concorrência potencial nos mercados digitais necessariamente resultará na aplicação de uma abordagem *schumpeteriana* de concorrência dinâmica¹¹³⁷.

¹¹³² STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, pp. 304–305, 2018.

¹¹³³ NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, v. 72, n. 5, pp. 15–16, 2019.

¹¹³⁴ Vide item 3.2 do Capítulo 2.

¹¹³⁵ A *Apple* utiliza os seus *hardwares* (e.g. microprocessadores) para o desenvolvimento de *smartphones*, *tablets*, computadores pessoais e relógios inteligentes. Os algoritmos de buscas e as bases de *web-crawling* utilizadas inicialmente pelo *Google* na sua ferramenta de busca universal servem também para o desenvolvimento de comparadores especializados (*Google Shopping*, *Google Flight*, *Google Books*), bem como para outros produtos como a ferramenta de streaming do *YouTube* e o navegador do *Google Chrome*.

¹¹³⁶ ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis*. Berlin: Bundeskartellamt, 2017. pp. 27–30.

¹¹³⁷ Esse é o nosso principal ponto de discordância em relação a trabalhos como os de PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data and competition policy: favoring dynamic over static competition. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p.

Como minuciosamente discutido no Capítulo 4, a preponderância de uma lógica de competição "pelo mercado" em um setor digital depende de uma análise extensivamente factual¹¹³⁸. Além disso, é importante ter em mente que mesmo parte da literatura mais conservadora tende a dar peso significativo às alegações de eliminação de concorrentes potenciais quando se está diante de fatores estruturais que sugerem elevada concentração de poder de mercado atual¹¹³⁹. Tais fatores podem ser bastante fortes em determinados mercados digitais, o que depõe contra uma mitigação do *enforcement* antitruste.

Em segundo lugar, a invocação das teorias de concorrência dinâmica também pode iluminar novas teorias do dano de exclusão. De fato, se a pressão competitiva imposta por concorrentes potenciais é percebida pelo agente dominante, este agente pode apresentar racionalidade econômica para, de alguma forma, impedir que os concorrentes potenciais concretizem as suas entradas.

Embora a exclusão dos concorrentes potenciais seja mais óbvia no caso de aquisição de plataformas rivais menores (*killer acquisitions*), do ponto de vista do controle de condutas, desperta especial preocupação os atos das plataformas dominantes que podem ensejar fechamento de mercado e aumento de custos de rivais em uma perspectiva dinâmica. Essas preocupações serão endereçadas no Capítulo 6, a partir, principalmente, da análise das práticas de restrições ao *multi-homing*.

3.2. Mercados relevantes adjacentes

Como arrazoado no Capítulo 4, é comum que as plataformas digitais se organizem na formação de ecossistemas, que correspondem a redes de atores econômicos distintos que ofertam produtos com variados graus de complementaridades a partir de uma estrutura de relações de interdependência não hierarquizadas¹¹⁴⁰. Nesses ecossistemas, a atuação das plataformas dominantes pode viabilizar o aparecimento de agentes econômicos que ofertam produtos e serviços complementares nos mercados adjacentes¹¹⁴¹.

49, 2021 (argumenta-se que "*the correct approach to entry analysis consists in putting more weight on Schumpeterian factors that keep nominal 'monopolies' under competitive pressure*").

¹¹³⁸ Vide item 3.1.2 do Capítulo 4.

¹¹³⁹ AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978. § 1134 ("*the one type of potential competition merger that does not necessarily involve undue speculation is the monopolist's or dominant firm's acquisition of a potential competitor in the market in which it has monopoly power. In such cases the dangers to competition are often significant*").

¹¹⁴⁰ Vide item 3.1.3 do Capítulo 4.

¹¹⁴¹ Essa expressão é mais comum em estudos que discutem os aspectos competitivos de plataformas digitais. Nesse sentido, cf. CMA. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: CMA, 2020. p. 310; e FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. pp. 31–32.

A constatação de que a organização de mercados de múltiplos lados pode gerar inovação nesses mercados adjacentes foi enfatizada, no início dos anos 2000, por autores como GAWER E CUSUMANO¹¹⁴², IANSITI E LEVIEN¹¹⁴³. Esses trabalhos destacaram que empresas como *Intel*, *Microsoft* e *Cisco* adotavam estratégias de liderança baseadas na racionalidade de estímulo a inovações de produtos, tecnologias e serviços complementares à plataforma. De acordo com os referidos autores, essas estratégias serviriam para agregar maior valor ao agente de intermediação via efeitos de rede, além de aumentar as barreiras à entrada, favorecendo a incumbência do agente central em relação a outras plataformas¹¹⁴⁴. No âmbito de alguns mercados digitais, esse potencial de criação de ecossistemas é mais acentuado em razão das elevadas economias de escala e de escopo desses modelos de negócios¹¹⁴⁵.

Nas situações em que a plataforma central dá ensejo ao desenvolvimento de produtos e sistemas complementares que formam um ecossistema, as autoridades antitruste devem considerar a existência de diversos níveis ou camadas de mercados relevantes autônomos¹¹⁴⁶. Em um primeiro nível (mercado principal), a plataforma central realiza intermediações entre diversos usuários e produtores de conteúdo e serviços digitais. Em um segundo nível (mercado adjacente), os produtores de conteúdo e serviços digitais ofertam produtos complementares àquele da plataforma central também diretamente aos usuários.

As linhas que separam o mercado principal em relação aos mercados adjacentes são, usualmente, tênues e sobrepostas¹¹⁴⁷, embora seja possível compreender que as dimensões do produto que informam a definição de mercado relevante em cada uma dessas camadas são autônomas.

A figura abaixo ilustra as sobreposições entre mercado principal – área destacada em cinza – e mercados adjacentes – áreas destacadas em azul – nos ecossistemas digitais:

¹¹⁴² GAWER, A.; CUSUMANO, M. *Platform leadership: how Intel, Microsoft, and Cisco drive industry innovation*. Boston: Harvard Business School Press, 2002.

¹¹⁴³ IANSITI, M.; LEVIEN, R. *The keystone advantage*. Cambridge: Harvard Business Review, 2004.

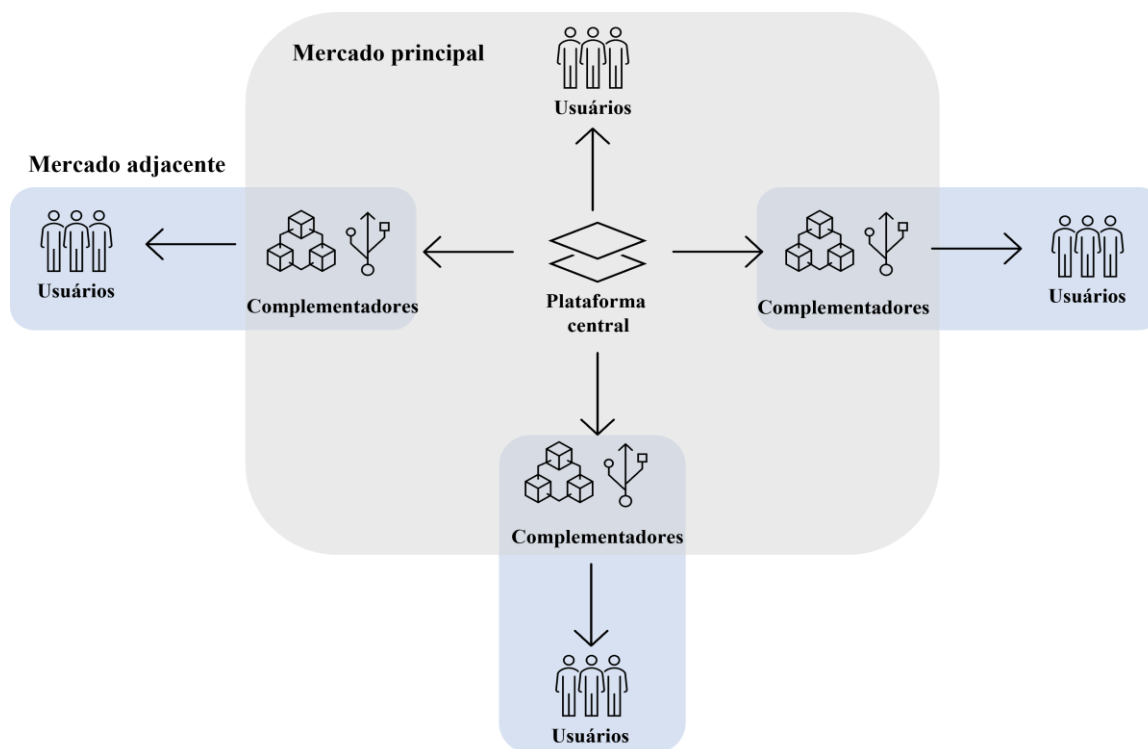
¹¹⁴⁴ GAWER, A.; CUSUMANO, M. A. Industry platforms and ecosystem innovation. *Journal of Product Innovation Management*, v. 31, n. 3, p. 421, 2014.

¹¹⁴⁵ EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*. 2020. p. 45.

¹¹⁴⁶ ROBERTSON, V. H. S. E. Antitrust market definition for digital ecosystems. *Concurrentes Law Review*, v. 2, n. 1, pp. 3–9, 2021 (propõe definições de mercados relevantes de múltiplas camadas para plataformas digitais, de forma semelhante ao que ocorre nos *aftermarkets*); e PEREIRA NETO, C. M. da S.; LANCIERI, F. M. Towards a layered approach to relevant markets in multi-sided transaction platforms. *SSRN Electronic Journal*, p. 41, 2020 ("acknowledging the multiple layers of competition in transaction platforms and understanding their interactions is essential to grasp the full complexity of these markets and to perform a sound antitrust analysis").

¹¹⁴⁷ ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, p. 24, 2020 ("definition of markets is problematic in a digital platform context because the dominant undertaking is present on a number of neighbouring or adjacent markets whose edges are often anything but clear").

Figura 15 – Sobreposições entre mercados digitais principais e adjacentes



Fonte: elaboração própria.

Alguns exemplos de ecossistemas digitais ajudam a ilustrar essas sobreposições. Nos mercados de buscas *online*, há plataformas – *e.g. Google, Yahoo e Bing* – que exibem resultados gerais a partir das fontes de consulta dos usuários, enquanto outras plataformas exploram linhas complementares de negócios focadas na exibição de resultados com interesses específicos, tais como serviços de comparação de preços – *e.g. Google Shopping, Buscapé e Bondfaro* – ou serviços de comparação de preços de passagens aéreas – como *Google Flights, Decolar.com* etc.¹¹⁴⁸. Outro exemplo dessa relação de complementariedade são os mercados de distribuição de aplicativos para *smartphones* em que figuram como atores empresas como a *Apple Store* ou o *Google Play*, a partir dos quais foram criados os mercados de desenvolvimento dos aplicativos em si¹¹⁴⁹.

A organização dos mercados digitais em ecossistemas ressignifica a análise antitruste focada em inovação. Diante disso, algumas plataformas digitais – *e.g.* aquelas que exploram ferramentas de buscas ou sistemas operacionais – acabam servindo como blocos de construção tecnológicos sobre os quais outros inovadores conseguem desenvolver produtos e serviços complementares¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁸ Vide item 1.3 deste Capítulo.

¹¹⁴⁹ BOSTOEN, F.; MÂNDRESCU, D. Assessing abuse of dominance in the platform economy: a case study of app stores. *European Competition Journal*, v. 1, n. 1, pp. 1–3, 2020.

¹¹⁵⁰ OCDE. *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 62; e SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of*

Nesse sentido, a atuação intermediadora das plataformas em mercados de múltiplos lados tende a aumentar as oportunidades de inovação não apenas internamente à plataforma, mas também para os diversos grupos de ofertantes e consumidores interconectados¹¹⁵¹.

Em decorrência desses efeitos "externos" da inovação, as decisões das plataformas que controlam os ecossistemas podem eventualmente aumentar ou diminuir as chances de desenvolvimento de novos produtos e serviços em mercados adjacentes. Idealmente, tais plataformas podem estruturar ecossistemas "abertos", em que as interfaces da plataforma central são plenamente acessíveis a terceiros desenvolvedores de componentes e sistemas complementares a ela, ou ecossistemas "fechados", em que as interfaces da plataforma central só são compatíveis com componentes ou sistemas complementares desenvolvidos pela mesma empresa que controla o ecossistema¹¹⁵². Esse caráter aberto ou fechado dos ecossistemas não é estanque e pode ser modificado por alterações no *design* de seus produtos ou serviços¹¹⁵³.

Do ponto de vista do princípio da contestabilidade, os ecossistemas abertos tendem a favorecer a inovação, por meio da entrada de terceiros nos mercados adjacentes, uma vez que o entrante pode utilizar a infraestrutura do ecossistema disponível e simplesmente introduzir o seu produto complementar¹¹⁵⁴. Por outro lado, ecossistemas fechados aumentam os custos de entrada nos mercados adjacentes, na medida em que os entrantes têm que desenvolver a sua própria infraestrutura compatível com os seus componentes¹¹⁵⁵. Por sua vez, do ponto de vista dos princípios da apropriabilidade e das sinergias, porém, deve-se reconhecer que a construção de ecossistemas fechados pode gerar eficiências e favorecer a inovação pelo próprio agente central¹¹⁵⁶.

Pennsylvania Law Review, v. 161, n. 6, p. 1666, 2013a ("they [digital platforms] serve as 'enablers' of innovation by providing common interfaces through which entrepreneurs can connect their complementary products to critical masses of consumers").

¹¹⁵¹ WU, T. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 312, 2012. ("Platforms are critical to innovation because they vastly cheapen market entry for a large number of firms [the developers], creating ultra-low-cost market entry"); e EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016. p. 47.

¹¹⁵² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; CMA. *The economics of open and closed systems*. Londres; Paris, 2014. p. 12.

¹¹⁵³ SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, p. 48, 2018.

¹¹⁵⁴ FARRELL, J.; WEISER, P. J. Modularity, vertical integration and open access policies towards a convergence of antitrust and regulation in the internet age. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, pp. 92–93, 2003.

¹¹⁵⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; CMA. *The economics of open and closed systems*. Londres; Paris, 2014. pp. 15-16.

¹¹⁵⁶ FARRELL, J.; WEISER, P. J. Modularity, vertical integration and open access policies towards a convergence of antitrust and regulation in the internet age. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, pp. 102–105, 2003; e AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; CMA. *The economics of open and closed systems*. Londres; Paris, 2014. p. 20.

Por isso, o exame das repercussões de determinada conduta de um agente dominante sobre a inovação deve abarcar não apenas os reflexos sobre os concorrentes diretos do agente central, mas também a repercussão sobre os segmentos de mercados adjacentes¹¹⁵⁷.

As condutas de plataformas digitais dominantes podem gerar diminuição dos incentivos à inovação em mercados digitais adjacentes quando aquelas plataformas buscam defender a sua posição dominante no mercado principal ou quando tentam alavancar o seu poder econômico no mercado adjacente¹¹⁵⁸. Essas duas situações, a rigor, são complementares.

A plataforma central enfrenta o risco de a entrada de rivais inovadores criar pressão competitiva sobre os próprios produtos ofertados no mercado principal¹¹⁵⁹. O controlador do ecossistema pode ter o receio de os ofertantes de produtos e serviços complementares conseguirem alcançar diretamente os usuários da plataforma central, realizando uma "desintermediação" que marginalizaria a própria plataforma central¹¹⁶⁰. Para evitar esse problema, essa plataforma pode decidir fechar o ecossistema, restringindo a interoperabilidade com os sistemas dos complementadores.

Além disso, a plataforma central pode ter incentivo para alavancar a sua posição dominante do mercado principal para o mercado adjacente, o que também pode implicar uma diminuição dos incentivos à inovação neste último¹¹⁶¹. Essa alavancagem pode ser buscada principalmente por meio de medidas de favorecimento da oferta de produtos complementares controlados pela mesma empresa que controla a plataforma central¹¹⁶². Esse favorecimento pode ocorrer por meio de escolhas de *design* da plataforma – a exemplo de *default options*, sistemas de recomendação, regras de acesso a *application programming interfaces* etc.¹¹⁶³ – ou por meio de práticas como *bundling* e venda casada¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁷ COYLE, D. Practical competition policy implications of digital platform economics. *Benett Institute for Public Policy working paper no: 01/2018*, p. 14, mar. 2018 ("as the competitive dynamic among platforms concerns innovation, any inquiry needs to explore not only incentives to innovate by the platform itself [...] but also incentives to innovate among suppliers to the platform").

¹¹⁵⁸ FREDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. In: *Innovation policy and the economy 20*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. pp. 157–162.

¹¹⁵⁹ PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2020. p. 91.

¹¹⁶⁰ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. pp. 72–73.

¹¹⁶¹ AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISION. *Digital platforms inquiry*. Camberra: ACCC Publisher, 2019. pp. 323–325.

¹¹⁶² TODD, P. Digital platforms and the leverage problem. *Nebraska Law Review*, v. 98, n. 2, pp. 493–494, 2019; e BOSTOEN, F.; MÂNDRESCU, D. Assessing abuse of dominance in the platform economy: a case study of app stores. *European Competition Journal*, v. 1, n. 1, pp. 17–18, 2020.

¹¹⁶³ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 66.

¹¹⁶⁴ TODD, P. F. Intra-platform exclusion in software markets. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 6, n. 3, pp. 409–436, 2018.

Consoante será debatido detalhadamente no Capítulo 6, as condutas de exclusão de plataformas digitais examinadas nesta tese podem eventualmente gerar efeitos ambíguos sobre a inovação em mercados digitais adjacentes. Por essa razão, é importante examinar cada uma delas a partir do emprego das teorias do dano de concorrência dinâmica e considerar a adequada delimitação de mercados relevantes conforme proposto neste Capítulo.

4. Conclusões do Capítulo

Neste Capítulo, buscou-se apresentar a segunda proposta original desta tese, formada por um conjunto de sugestões de mudanças pontuais na metodologia de mercado relevante utilizada pelo CADE para apreender as especificidades do poder de mercado das plataformas digitais naquilo que for relevante ao processo de inovação.

Como verificado, embora as metodologias de mercado relevante sejam naturalmente sujeitas a críticas e não possam ser tomadas com um fim em si mesmas, compreendemos que a proposta apresentada permite melhor compreender como acessar alegações de prejuízos à inovação em investigações de abuso de posição dominante.

Do ponto de vista da discussão sobre mercados de lado único ou de lados múltiplos, nossa proposta envolve, cautelosamente, a definição de lados diferentes para cada uma das transações intermediadas pelas plataformas digitais. Após essa delimitação, porém, deve-se verificar se os efeitos de rede intercruzados são significativos a ponto de se cogitar de um tratamento uniforme que permita que as perdas de excedente do consumidor de um lado da plataforma possam ser compensadas por ganhos de excedente do produtor dos outros lados.

Também identificamos que, para além da simples avaliação de *market-share*, uma avaliação da posição dominante com foco na capacidade de alterar os incentivos de inovação requer que as autoridades considerem o controle de ativos específicos do processo de inovação. Nesse aspecto, a concentração de investimentos em P&D, a detenção de recursos escassos e únicos que contribuem para a exploração de novos modelos de negócios e a posição das plataformas dentro de um dado ecossistema digital devem ser examinadas.

Por fim, buscamos mostrar como, dentro das fronteiras de mercados relevantes atuais e mercados relevantes adjacentes, as pressões competitivas baseadas em substitutibilidade imperfeita podem disciplinar o comportamento do agente dominante, principalmente a partir de uma perspectiva de concorrência potencial na fronteira dos mercados. Essas categorias de mercados relevantes atuais e adjacentes ajudam a avaliarmos, metodologicamente, os efeitos da conduta de exclusão sobre a capacidade e os incentivos de inovação dos rivais nesses respectivos espaços de competição.

Conforme será discutido no próximo capítulo, as teorias do dano de concorrência dinâmica podem ser aplicadas a esses espaços de mercados relevantes nas plataformas digitais, trazendo maior previsibilidade e segurança para a análise antitruste focada em inovação.

CAPÍTULO 6: CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA ANÁLISE DE CONDUTAS UNILATERAIS DE PLATAFORMAS DIGITAIS COM FOCO EM INOVAÇÃO

As teorias de concorrência dinâmica suscitam importantes reformulações no controle de condutas de exclusão de plataformas digitais, haja vista que tais práticas, além de comprometer a rivalidade atual, podem diminuir os ganhos de bem-estar social no longo prazo¹¹⁶⁵. Nesse campo, incorporar a inovação como elemento da análise antitruste impõe que sejam repensadas as fases tradicionais de aplicação da regra da razão¹¹⁶⁶, de acordo com o que será discutido ao longo deste Capítulo.

É bem verdade que alegações relacionadas à inovação em casos de condutas unilaterais dificilmente podem ser consideradas uma novidade. Conforme discutimos no Capítulo 3, por exemplo, na saga de investigações contra a *Microsoft*, tanto nos EUA quanto na União Europeia, foram levantadas argumentações de que a empresa estaria diminuindo a inovação nos mercados de sistemas de computadores ou nos mercados de aplicativos de navegação de internet. De forma semelhante, a discussão sobre a inovação no exame de práticas exclusionárias tem adquirido relevância nos últimos anos, a partir dos casos instaurados contra plataformas de múltiplos lados como *Google*, *Facebook*, *Apple* e *Amazon*¹¹⁶⁷.

Na apreciação desses e de outros casos, a doutrina, em regra, discute se as condutas investigadas podem ser consideradas ilícitas perante a legislação antitruste ou por configurarem em si mesmas restrições à inovação ou, alternativamente, por gerarem efeitos anticompetitivos sobre a capacidade e o incentivo dos rivais de inovar¹¹⁶⁸.

1. Reconciliando a noção de concorrência dinâmica com a repressão de abuso de posição dominante

Considerando os objetivos desta tese, neste item será abordado como a retórica da inovação desenvolvida pelas teorias de concorrência dinâmica implica reformulações na análise de abuso de posição dominante. Consoante será discutido, compreendemos que a abordagem de valorização da

¹¹⁶⁵ BAKER, J. B. Exclusion as a core competition concern. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 561–562, 2013.

¹¹⁶⁶ Para os fins deste trabalho, a expressão "regra da razão" é empregada de forma genérica para descrever um regime de análise efeitos no controle de condutas.

¹¹⁶⁷ Para uma visão geral ,cf. ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, pp. 9–16, 2020.

¹¹⁶⁸ Para exemplos de como essa discussão tem sido travada, cf. HEMPHILL, C. S.; WU, T. Nascent competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 1, pp. 1898–1903; e MÁIHÄNIEMI, B. The role of innovation in the analysis of abuse of dominance in digital markets: the analysis of chosen practices of Google Search. *Market and Competition Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 111–143, 2017.

inovação no controle de condutas da exclusão encontra fundamento jurídico em uma leitura constitucional do direito concorrencial brasileiro (item 1.1). Além disso, essa reformulação volta-se a proteger a inovação como um consectário indissociável do processo competitivo (item 1.2).

1.1. Fundamentos do controle concorrencial de condutas no contexto de valorização da inovação

Em um nível mais abstrato, esta tese consubstancia proposta de releitura dos mandados de repressão ao abuso de posição dominante (art. 173, § 4º, da Constituição de 1988 e art. 36, *caput*, inciso II, da Lei nº 12.529, de 2011), a fim de integrar a proteção da inovação como finalidade do direito concorrencial brasileiro. A perspectiva aqui defendida encontra eco em parte da literatura estrangeira a qual tem defendido que a política antitruste pode e deve ser remodelada para conceber a inovação como um elemento adicional do controle de condutas unilaterais¹¹⁶⁹.

A rigor, a ideia de a intervenção antitruste se voltar à promoção da inovação é defendida há muito por diversas vozes no direito concorrencial brasileiro¹¹⁷⁰. Todavia, parece-nos que, entre nós, as discussões sobre o tema, por enquanto, se encontram restritas às práticas abusivas de natureza não exclusionária – *e.g.* as práticas de *sham litigation* – ou, no máximo, às fusões de natureza horizontal.

As restrições à inovação derivadas de condutas unilaterais, por sua vez, podem ser tão ou mais danosas para a sociedade do que as práticas tradicionalmente punidas pelas autoridades antitruste¹¹⁷¹. Essa premissa reflete a noção – quase incontestável na literatura – de que as eficiências dinâmicas ou inovativas são mais relevantes para o bem-estar social do que as eficiências alocativas¹¹⁷².

Tais preocupações são ainda mais relevantes no contexto dos mercados digitais, seja pelo fato de, nesses mercados, a concorrência geralmente se desenvolver em fatores não relacionados a preços¹¹⁷³, seja pela importância que os processos de inovação assumem na concorrência regular

¹¹⁶⁹ A perspectiva defendida nesta tese espelha premissas de importantes trabalhos que investigam a importância da proteção da inovação no controle de condutas unilaterais, tais como BAKER, J. B. Exclusionary conduct of dominant firms, R&D competition, and innovation. *Review of Industrial Organization*, v. 48, n. 3, pp. 269–287, 2016; e em WU, T. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, pp. 313–328, 2012 ("*the bottom line is that an innovation-centered antitrust policy must make scrutiny of exclusion of innovators its primary concern and a focus of resources*").

¹¹⁷⁰ Por todos, cf. CASTRO, B. B. de. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 6, n. 2, pp. 58–94, 2018.

¹¹⁷¹ HOVENKAMP, H. J. Restraints on innovation. *Cardozo Law Review*, v. 299, n. 1, p. 254, 2007 ("*innovation restraints are almost certainly more harmful than a great many of the exclusionary practices that antitrust has condemned, often without fully understanding them*").

¹¹⁷² OCDE. Dynamic efficiencies in merger analysis. *OECD Policy Roundtables Discussion Papers*, p. 9, 2007.

¹¹⁷³ Vide item 1 do Capítulo 4.

entre plataformas¹¹⁷⁴. Nesses mercados, como discutido ao longo desta tese, as plataformas dominantes podem ter capacidade e incentivo para restringir o processo de inovação por parte das empresas estabelecidas e das concorrentes potenciais¹¹⁷⁵. Esse diagnóstico é o ponto de partida para a integração da inovação na análise de condutas de exclusão.

Mesmo assentados esses fundamentos, existem vários caminhos disponíveis para a reestruturação da análise de condutas de exclusão no contexto da inovação. Consoante ressaltado na introdução desta tese, há profundas divergências sobre como, afinal, a inovação pode ser internalizada em uma moldura antitruste prática¹¹⁷⁶. Tais divergências, via de regra, refletem diferentes formas de lidar com os riscos de interferir no equilíbrio de erros e custos que informam a política antitruste.

De um lado, há autores que defendem uma maior intervenção antitruste, argumentando que os riscos de comprometimento da inovação decorrentes do comportamento de agentes dominantes são elevados¹¹⁷⁷. De outro, parte significativa da doutrina demonstra alguma relutância de que a intervenção poderia comprometer os incentivos à inovação¹¹⁷⁸.

Esta tese reconhece ser extremamente sensível para a política antitruste os riscos de intervenção em mercados digitais, pois condenações equivocadas, sobretudo baseadas em argumentos de concorrência dinâmica, podem reduzir a inovação, provocando danos sociais de longo prazo indesejáveis. Essa discussão será oportunamente aprofundada no item 1.3.

De toda sorte, para os fins desta tese, em vez de enveredarmos de forma abstrata no debate sobre os limites da intervenção antitruste face à inovação, adotamos a escolha justificada de ponderar as oportunidades e os riscos de falsos positivos e negativos aprofundando as discussões sobre regimes jurídicos de ilicitude e padrões probatórios, em conformidade com o que será desenvolvido neste Capítulo.

¹¹⁷⁴ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1685, 2013; e LAITENBERGER, J. EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective. *Discurso realizado pelo Diretor-Geral de Competição do DG Comp em 11 de outubro de 2017*, p. 12, 2017.

¹¹⁷⁵ Vide item 3 do Capítulo 4.

¹¹⁷⁶ KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, n. 1, pp. 1–27, 2017 ("to some extent competition authorities already have started to experiment in this regard albeit without clear and consistent theoretical approaches and assessment frameworks").

¹¹⁷⁷ Nesse sentido, cf. LAO, M. No-fault digital platform monopolization. *William & Mary Law Review*, 2019 (defende que "antitrust courts today tend to be far more concerned about the risks of false positives than false negatives, largely because of the belief that the former is more costly than the latter.243 Mistakenly condemning procompetitive conduct, it is thought, would chill innovation and have lasting adverse effects whereas mistakenly overlooking anticompetitive conduct should have fleeting impact because markets tend to self-correct. Recent commentary has already cast considerable doubt on these conservative error-cost"); e NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, v. 72, n. 5, pp. 1497–1561, 2019.

¹¹⁷⁸ Por todos, cf. KOKKORIS, I. Innovation considerations in merger control and unilateral conduct enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 1–30, 2019 (argumenta-se que as sanções impostas pela Comissão Europeia nos casos *Google Shopping* e *Google Android* geram efeitos inibidores da inovação).

Com essa finalidade, esta tese reproduz pontos de consenso dos raros estudos que aprofundam as relações entre condutas unilaterais e inovação, tendo em vista que, do ponto de vista do objetivo ou da finalidade da intervenção antitruste, esta deve preservar o processo competitivo que impulsiona a manutenção da capacidade e dos incentivos a investir em inovação sustentável ou disruptiva¹¹⁷⁹. Esse apelo para o processo competitivo, porém, precisa ser complementado para que não reste vazio em significado.

Tutelar esse processo competitivo por inovação significa, ao nosso ver, que a intervenção antitruste deve buscar manter os mercados digitais contestáveis, no sentido de reprimir condutas que possam inibir os incentivos dos concorrentes de desenvolver novos produtos e serviços, ao mesmo tempo em que deve preservar a capacidade de as plataformas extraírem valor de seu melhor desempenho econômico relacionado às atividades inovadoras¹¹⁸⁰.

A perspectiva aqui advogada reflete a tentativa de incorporar, no controle de condutas unilaterais, a manutenção dos incentivos à contestabilidade e à apropriabilidade¹¹⁸¹. Essa abordagem revela-se útil do ponto de vista de política antitruste por ser indiferente em relação ao longo e inconclusivo debate desenvolvido na literatura econômica sobre as relações entre concentração de mercado e inovação. Consoante será abordado neste Capítulo, a concretização desse objetivo de tutela dos incentivos à inovação, porém, perpassa compreender melhor como a inovação se relaciona com as finalidades do controle de condutas de exclusão.

1.2. Tratamento das alegações de dano anticompetitivo relacionadas à inovação

1.2.1. Danos à inovação como fenômenos internos ou externos aos efeitos anticompetitivos de exclusão¹¹⁸²

Inicialmente, é importante assentar como os prejuízos à inovação se relacionam com os efeitos de uma exclusão anticompetitiva. A literatura apresenta diferentes visões sobre o tema, ainda pouco sistematizadas. De forma didática, entendemos ser possível organizar as abordagens

¹¹⁷⁹ Perspectiva semelhante é defendida em FREDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. In: *Innovation policy and the economy 20*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. p. 126.

¹¹⁸⁰ Nesse aspecto, esta tese se alinha aos objetivos de intervenção antitruste consignados em BAKER, J. B. *The antitrust paradigm*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2019. pp. 151–152; KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, 2017; e WALLER, S. W.; SAG, M. Promoting innovation. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 5, pp. 2223–2247, 2015.

¹¹⁸¹ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 361–404, mar. 2011; e BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007.

¹¹⁸² Alguns trechos dessa sessão foram reproduzidos em FERNANDES, V. O.; SILVEIRA, P. B. Antitruste e inovação nos mercados digitais: abordagens para a análise de condutas exclusionárias. In: *Internet & Regulação*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. pp. 465–495.

disponíveis em dois grupos. No primeiro, a redução da inovação é vista como um efeito acessório – ou interno – ao dano anticompetitivo consubstanciado na exclusão dos rivais. No segundo, cogita-se que a redução da inovação pode ser vista como um dano antitruste de natureza autônoma, independentemente da verificação de uma situação de exclusão.

Essa sugestão de categorias aproxima-se bastante das classificações apresentadas no trabalho de COLOMO¹¹⁸³, que diferencia a introdução direta e indireta da inovação nas teorias do dano de condutas, e em estudo recente de VAN CLEYNENBREUGEL¹¹⁸⁴, que separa as teorias do dano de inovação como elemento exógeno ou endógeno à análise concorrencial em geral. A análise aqui feita, porém, aprofunda-se nas críticas da artificialidade dessas separações.

O primeiro grupo de propostas enxerga a inovação como um elemento acessório do processo competitivo que a política antitruste tutela. Nessa perspectiva, que pode ser entendida como mais conservadora, presume-se que a inovação seria naturalmente protegida pelas teorias do dano tradicionais de abuso de posição dominante de fechamento de mercado e de aumento de custos de rivais. Em termos concretos, isso significa que os mesmos critérios jurídicos tradicionalmente utilizados pelas autoridades antitruste para analisar alegações de exclusão devem ser empregados para apreciar as alegações de redução da inovação¹¹⁸⁵.

Sob essa ótica, a constatação do caráter anticompetitivo da prática, por si só, permitiria presumir que a inovação foi prejudicada no mercado. Em outras palavras, embora a redução da inovação não seja em si o evento que desencadeia a intervenção antitruste, ela é uma consequência negativa e indesejada da redução da concorrência que pode ser verificada no caso concreto a partir da moldura tradicionalmente aplicada¹¹⁸⁶.

Um exemplo de precedente da Comissão Europeia que consubstanciaria essa perspectiva "indireta" de tratamento da inovação, na visão de COLOMO, seria o caso *Intel*¹¹⁸⁷. O autor defende que, nesse julgado, o argumento de que a política de *rebates* da empresa teria prejudicado a capacidade de inovar dos concorrentes no mercado de produção de *chips* AMD apareceu como um

¹¹⁸³ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 22/2015, v. 41, n. 2, pp. 1–27, 2015.

¹¹⁸⁴ VAN CLEYNENBREUGEL, P. Innovation in competition law analysis: making sense of on-going academic and policy debates. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 8.

¹¹⁸⁵ Essa abordagem é defendida em COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *European Law Review*, v. 41, n. 2, pp. 201–219, 2016 ("there is no room in EU competition law for the direct introduction of innovation considerations"); AUER, D. Structuralist innovation: a shaky legal presumption in need of an overhaul. *CPI Antitrust Chronicle*, pp. 1-9, 2018; e GÖNENÇ GÜRKAYNAK, E. Taking the lead in antitrust enforcement: evaluating innovation and technology. 2019. p. 2 ("fostering innovation does not justify and should not be used as an excuse for lowering the standards of competition law enforcement").

¹¹⁸⁶ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 22/2015, v. 41, n. 2, p. 8, 2015 ("reduced competitive pressure can be presumed to harm firms' ability and incentive to innovate in the same way that it is routinely deemed to have a negative impact on, inter alia, prices and output").

¹¹⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. AT.37990 *Intel*. Decisão de 13/5/2009.

mero complemento da tese de aumento de custos de rivais e somente foi invocado pela Comissão após ter sido constatada a produção de efeitos de exclusão¹¹⁸⁸.

Complementando a análise de COLOMO, outro exemplo que, ao nosso ver, pode ilustrar essa aplicação acessória da análise de inovação é o recente caso *Qualcomm*, julgado pelo judiciário norte-americano em maio de 2019. Nesse precedente, a FTC argumentou que havia evidências de que a política de licenciamento de patentes essenciais de *chips* móveis da *Qualcomm* aumentou os custos dos rivais e, por conseguinte, desencorajou-os a investir nas atividades de P&D necessárias ao desenvolvimento de novos *chips*¹¹⁸⁹. Mais uma vez, porém, a inovação aparece como um corolário da constatação do efeito anticompetitivo de aumento de custos de rivais, ou seja, como reflexo indireto da prática anticompetitiva.

A uma primeira vista, a consideração da inovação como um elemento acessório ou indireto da concorrência não implicaria mudanças profundas no roteiro da análise de condutas unilaterais e de restrições verticais. Na realidade, se estamos diante de uma investigação de abuso em que existe comprovação de que a prática resultaram efeitos anticompetitivos de exclusão dos rivais, as alegações de inovação tendem a se tornar irrelevantes¹¹⁹⁰.

Nessa perspectiva conservadora, a única fase da análise de práticas exclusionárias mais afetada pela inovação seria a etapa de análise das justificativas da prática. De fato, embora os prejuízos à inovação possam ser presumidos da própria restrição do processo competitivo, nada impede que argumentos de eficiências dinâmicas sejam utilizados para afastar os efeitos negativos da conduta¹¹⁹¹. Nessa etapa, portanto, a autoridade antitruste teria que ponderar se uma conduta que gerou efeitos anticompetitivos demonstrados poderia ou não ser imunizada por ter gerado ganhos de bem-estar social de longo prazo na forma de eficiências dinâmicas¹¹⁹².

O segundo grupo de propostas considera que a inovação deve ser protegida diretamente pela política de defesa da concorrência, ou seja, independentemente de se ter, em determinado caso

¹¹⁸⁸ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 22/2015*, v. 41, n. 2, p. 8, 2015.

¹¹⁸⁹ EUA. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *FTC v. Qualcomm*. No. 19-16122. 2020.

¹¹⁹⁰ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 22/2015*, v. 41, n. 2, p. 9, 2015 ("all of the cases discussed above could have been decided in the same way without any reference to innovation considerations"). Em sentido contrário, Gilbert e Melamed asseveram que, em tais hipóteses, o fato de haver um argumento de redução da inovação complementando um argumento de efeitos adversos em preços aumentaria o risco de falsos negativos na intervenção antitruste. GILBERT, R. J.; MELAMED, A. D. Innovation under section 2 of the Sherman Act. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 11, 2021 ("conduct that threatens both adverse price effects and adverse innovation effects is more costly than conduct that threatens only adverse price effects").

¹¹⁹¹ AUER, D. Structuralist innovation: a shaky legal presumption in need of an overhaul. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 1, pp. 1–9, dez. 2018 (argumenta que "policymakers must decide whether firms should be given some leeway to engage in nominally anticompetitive conduct when this increases appropriability over their innovations, or whether this type of exclusion is solely the domain of intellectual property protection").

¹¹⁹² Essa discussão será aprofundada no item 3.3 deste Capítulo.

concreto, verificado ou não um abuso de exclusão sob a perspectiva dos regimes de ilicitude e dos padrões probatórios tradicionais¹¹⁹³. A inovação poderia ser invocada como um valor por si só suficiente para legitimar a intervenção antitruste. Assim, a repressão de práticas exclusionárias seria justificada não porque o dano ao processo competitivo tenha sido estabelecido no mesmo padrão legal exigido para as demais condutas de exclusão, mas porque a prática geraria impactos negativos sobre as taxas de inovação em si¹¹⁹⁴. Nessa abordagem, a própria licitude de determinados comportamentos passaria a ser definida com base em parâmetros de inovação, independentemente do enquadramento dessas práticas nos requisitos das teorias do dano de fechamento de mercado ou de aumento de custos dos rivais, por exemplo¹¹⁹⁵.

A proposta de valorização direta da inovação na política antitruste pode ter como principal consequência a revisitação dos *standards* probatórios de demonstração do dano anticompetitivo na análise de práticas abusivas. Um regime de intervenção mais assertivo poderia considerar que determinada prática prejudicial ao processo competitivo presumidamente afetaria a capacidade e os incentivos dos concorrentes de inovar mesmo quando não estivessem satisfeitos os *thresholds* de responsabilidade antitruste definidos nos testes jurídicos tradicionais.

Enquanto sob uma abordagem mais conservadora da política antitruste seria necessário apresentar evidências de que os rivais efetivamente reduziram suas atividades de P&D em razão da prática investigada e de que tal redução prejudicou o consumidor ao retardar o desenvolvimento de novos produtos, nessa abordagem mais assertiva seria possível presumir que a inovação foi comprometida no mercado pelo simples fato de, em alguma medida, a conduta ter diminuído o apetite dos rivais em investirem em P&D¹¹⁹⁶.

A legitimidade de tal regime é usualmente defendida na doutrina a partir do argumento de que a aplicação dos *standards* tradicionais de práticas exclusionárias não seria capaz de gerar a punição de atos lesivos à inovação – essencial para os mercados digitais¹¹⁹⁷. Por outro lado, essa perspectiva pode ser criticada por consubstanciar um possível risco de desestabilização dos critérios jurídicos utilizados pelas autoridades na análise de abuso de posição dominante.

¹¹⁹³ Entendemos que essa posição é defendida em GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016. p. 73; e MÄIHÄNIEMI, B. The role of innovation in the analysis of abuse of dominance in digital markets: the analysis of chosen practices of Google Search. *Market and Competition Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 111–143, 2017.

¹¹⁹⁴ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 22/2015*, v. 41, n. 2, p. 12, 2015.

¹¹⁹⁵ VAN CLEYNENBREUGEL, P. Innovation in competition law analysis: making sense of on-going academic and policy debates. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 9.

¹¹⁹⁶ BAKER, J. B; MORTON, F. S. Confronting rising market power. *Economics for Inclusive Prosperity: Research Brief*, p. 25, maio 2019.

¹¹⁹⁷ LAO, M. No-fault digital platform monopolization. *William & Mary Law Review*, v. 61, n. 3, pp. 806–809, 2020.

A aplicação de teorias do dano que colocam a inovação no centro da moldura antitruste pode ser ilustrada nas investigações contra o *Google* que envolvem, mais especificamente, a prática de *scraping*¹¹⁹⁸. Consoante será discutido, a avaliação dessa conduta, de alguma maneira, requer que se avalie se uma restrição direta à inovação pode ser reprimida pelo antitruste, independentemente do seu enquadramento em teorias do dano tradicionais.

Ao longo desta tese, serão discutidas formas de superação desses obstáculos. Tornar-se-á evidente que as duas perspectivas de incorporação da inovação trazem benefícios e riscos para o controle antitruste de condutas. Mais importante do que optar por um dos dois caminhos, é entender as suas oportunidades e vulnerabilidades de acordo com a finalidade da intervenção que se pretende tutelar.

1.2.2. Restrição à inovação na apreciação de abusos de posição dominante

As abordagens apresentadas acima fornecem um importante ponto de partida para a abordagem utilizada nesta tese. Ao nosso ver, porém, a ideia de que os danos à inovação deveriam ser tratados de forma apenas de forma indireta, se bem compreendida por nós, não nega propriamente que o prejuízo à inovação possa ser apreendido como um dano antitruste, apenas sugere que a forma de apreciação ou de mensuração de efeitos anticompetitivos tradicionalmente utilizada pelas autoridades antitruste não seria compatível com a avaliação de alegações de redução da inovação.

As objeções são levantadas ao tratamento direto da inovação nas condutas de exclusão, assim, parecem dizer respeito mais precisamente às dificuldades de obter evidências de que determinada prática unilateral teria se mostrado prejudicial à rivalidade em processos inovadores¹¹⁹⁹. Por essa razão, alguns autores são mais claros ao afirmar que um abrandamento dos ônus de prova na demonstração de efeitos relacionados à inovação equivaleria a mover a política de concorrência de volta para um contexto de estruturalismo econômico¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁸ Essa prática será discutida em detalhes no item 3.1 deste Capítulo.

¹¹⁹⁹ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 22/2015, v. 41, n. 2, pp. 19–21, 2015 ("it is difficult to see how it would be possible to provide cogent and convincing evidence in this sense").

¹²⁰⁰ AUER, D. Structuralist innovation: a shaky legal presumption in need of an overhaul. *CPI Antitrust Chronicle*, p. 8, dez. 2018 ("authorities concerned with safeguarding innovation should at all costs steer clear of naïve heuristics such as the EU's Structuralist Innovation Presumption"); e PETIT, N. Innovation competition, unilateral effects and merger control policy. *SSRN Electronic Journal*, p. 48, jul. 2018 (examina a questão sob o enfoque da análise dos efeitos unilaterais de fusões baseada nos testes SIEC, o autor argumenta que "even if the Commission is right that R&D output measures 'are better suited to describe relevant capabilities and expertise of crop protection companies,' the evidence should be subject to a higher burden of persuasion").

No entanto, a bem da verdade, as dificuldades de adotar um regime ideal de alocação de ônus probatórios estão longe de ser exclusivas das discussões relacionadas à inovação¹²⁰¹. O que torna as alegações de prejuízos "puros" à inovação difíceis de serem apreciadas, em tais hipóteses, consiste no fato de as autoridades não poderem confiar nas mudanças de preços, facilmente detectáveis pelas metodologias tradicionais. Assim, na realidade, o problema parece estar muito mais relacionado à mensuração dos danos antitruste na ausência de preços do que propriamente na suposta incapacidade de o antitruste internalizar prejuízos à inovação¹²⁰².

Contudo, como abordado exaustivamente no Capítulo 4, é equivocado o entendimento de que os danos ao bem-estar social – no sentido de *consumer welfare* – só estariam sendo demonstrados quando houvesse aumento de preços ou redução de oferta em uma perspectiva estática. Aliás, mesmo em um paradigma de concorrência estático, a diminuição da inovação em um mercado poderia ser facilmente equiparada a um deslocamento "para direita" das curvas de demanda ou de oferta¹²⁰³.

Além disso, a disputa por inovação pode ser compreendida como uma dimensão da rivalidade que informa o processo competitivo, de modo que qualquer necessidade de sua vinculação a alterações de preço parece desnecessária¹²⁰⁴. Não é à toa que, no campo do controle de estruturas, a Comissão Europeia, nos últimos anos, tem evoluído na adoção de teorias do dano que avaliam *ex ante* os efeitos de uma fusão sobre inovação de um modo geral, isto é, sem nem mesmo ter que se definir mercados relevantes de P&D¹²⁰⁵.

Ao nosso ver, mesmo que, de fato, seja árduo definir padrões de prova exaurientes para alegações de dano relacionadas à inovação, a opinião de que a inovação só deveria ser tratada como elemento acessório ou indireto da política de concorrência, em alguma medida, acaba incorrendo no preciosismo de exigir *standards* muito elevados para configuração da ilicitude que, usualmente, nem sequer são observados nas investigações de condutas unilaterais clássicas. Como abordado no Capítulo 3, frequentemente, no tratamento de restrições verticais, o CADE nem sequer entende

¹²⁰¹ Para uma discussão profunda na literatura, cf. KALINTIRI, A. *Evidence standards in EU competition enforcement: the EU approach*. Oxford: Hart Publishing, 2019. pp. 74–76 (sustenta que as ambivalências no *standards* de prova no direito comunitário europeu se devem, principalmente, ao silêncio legislativo, aos dilemas sobre os significados das expressões "probabilidades" e "convicções" e às tendências de se confundir os *standards* de prova com os critérios substantivos dos testes jurídicos).

¹²⁰² MELAMED, A. D.; PETIT, N. The misguided assault on the consumer welfare standard in the age of platform markets. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, p. 7452, 2019.

¹²⁰³ LIANOS, I.; KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 222.

¹²⁰⁴ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, p. 321, 2019.

¹²⁰⁵ Essa tendência é explicada detalhadamente em TODINO, M.; VAN DE WALLE, G.; STOICAN, L. EU merger control and harm to innovation: a long walk to freedom (from the chains of causation). *Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 1, pp. 11–30, 2018.

necessário examinar os efeitos da conduta sobre preços, o que acaba aproximando os critérios jurídicos adotados pelo Conselho a uma regra da razão truncada¹²⁰⁶. Nesse contexto, defender que não seria possível internalizar a inovação no controle de condutas por ser difícil apresentar provas concretas de sua diminuição equivaleria a rejeitar a utilidade dos "atalhos" tradicionalmente empregados no controle de condutas.

Para além dos obstáculos relacionados à definição dos parâmetros de suficiência de prova, sob o ponto de vista do critério jurídico de ilicitude, não nos parece difícil compreender que uma conduta unilateral de um agente dominante que tenha por objeto ou seja capaz de produzir efeitos de redução dos incentivos à inovação pode configurar uma infração à ordem econômica nos termos do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência se não houver justificativas demonstráveis que compensem os danos verificados. Esse entendimento, a propósito, é meramente corolário da relevância que os fatores não relacionados a preço exercem na competição entre plataformas digitais.

2. Reconstruindo os critérios jurídicos para análise de condutas unilaterais de exclusão relacionadas à inovação

Ao longo desta tese, mencionamos diversas propostas que têm sido debatidas no âmbito acadêmico e político para endereçar preocupações relacionadas ao poder de mercado de plataformas digitais¹²⁰⁷. Do nosso ponto de vista, apesar de os relatórios e estudos referenciados serem bem-sucedidos ao demonstrarem que as plataformas digitais dominantes possuem capacidade e incentivo de excluir concorrentes e prejudicar a inovação, parece-nos que as sugestões de endereçamento desse problema têm sido refletidas quase exclusivamente pela via da adoção de medidas regulatórias ou quase-regulatórias para os mercados digitais¹²⁰⁸.

As poucas linhas desses relatórios que endereçam possíveis modificações no controle de condutas abusivas parecem, no máximo, apelar para o argumento de que, diante das características dos mercados digitais, as autoridades deveriam repensar de forma ampla os regimes de presunções de ilicitude, seja para diminuir, seja para aumentar os ônus de prova utilizados em investigações relacionadas a mercados digitais¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ Vide item 3.3 do Capítulo 3.

¹²⁰⁷ Para um resumo desses relatórios, cf. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Brasília: CADE, 2019.

¹²⁰⁸ O ápice desse movimento parece coincidir, no direito comunitário europeu, com as propostas de edição do *Digital Markets Act*. Embora se trate de um mecanismo de regulação concorrencial, parece-nos claro que a medida desborda do modelo de intervenção antitruste tradicional *ex post*.

¹²⁰⁹ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 4 ("*one may want to err on the side of disallowing potentially anti-*

Em consequência, embora os estudos forneçam profundos *insights* sobre teorias do dano, são praticamente omissos em discutir como os regimes de presunção de licitude e a distribuição de ônus de provas podem ou devem ser repensados, de forma a considerar, de forma específica, as particularidades das condutas unilaterais de plataformas digitais¹²¹⁰.

Esta tese busca colmatar essa lacuna, avançando na apreciação das dificuldades jurídicas que se colocam, em casos concretos, para a caracterização de infrações à ordem econômica nos mercados digitais¹²¹¹. Mesmo que não desconheçamos que existem propostas mais radicais de reforma da política antitruste nessa área – *e.g.* as sugestões de instituir um regime de responsabilidade de *no-fault monopolization* para plataformas digitais – buscamos uma solução baseada em adaptações pontuais no controle de condutas, sem desconstituir a sua natureza *ex post* e sem relativizar a necessidade de preencher os elementos essenciais da noção de abuso –verificação do poder de mercado, da conduta anticompetitiva e dos efeitos anticompetitivos¹²¹².

A posição que ora defendemos estabelece que uma reforma na moldura de análise de condutas de exclusão com foco na inovação exige que as autoridades antitruste tomem decisões informadas e transparentes sobre a escolha dos critérios jurídicos – ou testes jurídicos – que serão utilizados para apreciar alegações de abuso.

Esta tese propõe uma moldura de análise de abuso de posição dominante para o direito brasileiro que seja, ao mesmo tempo, aberta à proteção da concorrência dinâmica em mercados digitais específicos e, de alguma maneira, compatível com o tratamento historicamente conferido pelo CADE a essas condutas sob a regra da razão¹²¹³. Consoante será explicado a seguir, a estruturação da nossa proposta requer que tenhamos clareza sobre como os riscos de comprometimento da inovação podem informar a atuação da autarquia em termos de escolhas de regimes de presunção de licitude e de alocação de ônus probatório nas investigações antitruste.

competitive conducts, and impose on the incumbent the burden of proof for showing the pro-competitiveness of its conduct").

¹²¹⁰ Esse laconismo torna-se evidente em recente estudo da OCDE sobre o abuso de posição dominante em mercados digitais, no qual a entidade mapeia as novas teorias do dano de abuso, mas não avança nas discussões sobre como as autoridades antitruste devem examinar alegações de exclusão em casos concretos. Nesse sentido, cf. OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020.

¹²¹¹ Nesse ponto, esta tese adota uma abordagem semelhante àquelas advogadas em STYLIANOU, K. Exclusion in digital markets. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, v. 24, n. 2, pp. 181–252, 2018 ("the specific tools and rules we use to analyze and regulate exclusionary practices in digital markets are the same as in any other market"); LAO, M. No-fault digital platform monopolization. *William & Mary Law Review*, v. 61, n. 3, pp. 755–814, 2020; e HEMPHILL, C. S.; WU, T. Nascent competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 1, pp. 1879–1912, 2020. Em especial, os dois últimos textos propõem um revigoramento do *enforcement* antitruste da seção 2 do Sherman Act, a partir de mudanças modestas que, na visão desses autores, propiciariam maior flexibilidade de endereçamento dos riscos à concorrência impostos por plataformas digitais.

¹²¹² Vide item 3.2 do Capítulo 3.

¹²¹³ Para os fins deste Capítulo, a expressão "regra da razão" é entendida como sinônimo de "abordagem baseada por efeitos".

2.1. Presunções de ilicitude para condutas de exclusão a partir da relação entre concorrência e inovação

A definição dos critérios jurídicos que devem orientar a análise de atos de abuso de posição dominante de plataformas digitais depende, em larga medida, dos contornos da prática investigada e das especificidades do próprio mercado submetido a escrutínio. Essas circunstâncias permitirão, em cada caso concreto, que a autoridade antitruste pondere a adoção de regimes de presunção e de alocação de ônus probatório.

Em um mundo ideal, uma conduta empresarial só deveria ser considerada ilícita se houvesse evidências incontestáveis de que tal conduta, em um recorte temporal passado, afetou o bem-estar social de longo prazo¹²¹⁴. No entanto, na prática, diante da ausência de informações disponíveis, as autoridades antitruste comumente se valem de presunções jurídicas, assim entendidas como asserções ou proposições generalizadas que constituem um ponto de partida para uma decisão de definição de *standard* probatório ou alocação de ônus da prova¹²¹⁵. Naquilo que mais importa para uma investigação de abuso, as presunções informam a construção de “testes jurídicos”, aqui entendidos como os conjuntos de regras que definem sob quais condições determinada prática comercial pode ser considerada ilícita¹²¹⁶.

Uma controvérsia central na literatura sobre abuso de posição dominante é se as autoridades antitruste devem aplicar um teste jurídico único ou se melhor seria lançar mão de vários testes, a depender da conduta investigada¹²¹⁷. Como discorrido brevemente no Capítulo 3, no âmbito do direito norte-americano, ao longo dos anos foram pensados vários testes para aplicação da seção 2 do *Sherman Act*. O mesmo aconteceu no direito comunitário europeu, sobretudo após as reformas orientadas à internalização da abordagem mais econômica, momento em que se buscou parametrizar, de forma mais geral, a avaliação de efeitos anticompetitivos do art. 102 do TFUE¹²¹⁸.

Essa tentativa de conceber um teste universal para abuso também parece ter influenciado o direito brasileiro¹²¹⁹. Como examinado no Capítulo 3, sobretudo após a edição da Lei nº 8.884, de 1994, a autarquia buscou adotar como parâmetro geral de apreciação de condutas não horizontais o

¹²¹⁴ NAZZINI, R. *The foundations of European Union law: the objective and principles of article 102*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 51.

¹²¹⁵ KALINTIRI, A. Analytical shortcuts in EU competition enforcement: proxies, premises, and presumptions. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 16, n. 3, p. 397, 2020.

¹²¹⁶ COLOMO, P. I. Legal tests in EU competition law: taxonomy and operation. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 10, n. 7, p. 424, 2019.

¹²¹⁷ NAZZINI, R. *The foundations of European Union law: the objective and principles of article 102*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. pp. 52–57.

¹²¹⁸ Vide item 1 do Capítulo 3.

¹²¹⁹ GERADIN, D.; PEREIRA NETO, C. M. da S. For a rigorous "effects-based" analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: a comparison of EU and Brazilian competition law. *Competition Policy International*, v. 9, n. 1, pp. 30–45, 2013.

uso da regra da razão, nos termos definidos Anexo II à Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999, do CADE¹²²⁰. O uso da regra da razão como fórmula universal de teste jurídico, aliás, continua a ser constantemente repisado na jurisprudência do CADE, apesar de se verificar que a autarquia por vezes adota regimes de presunção de ilicitude variados, a depender principalmente do setor econômico submetido a escrutínio¹²²¹.

As tentativas de eleger um teste jurídico universal, porém, têm sido bastante criticadas por parte relevante da literatura¹²²². Em essência, o amadurecimento das discussões tem servido para nos advertir que a opção por determinado teste jurídico serve, ao fim e ao cabo, como uma maneira de a autoridade antitruste evitar intervenções indesejadas, considerando o conhecimento empírico acumulado sobre aquele setor e, principalmente, a probabilidade de se concretizarem ou não os resultados antecipados pela teoria do dano empregado¹²²³.

Mesmo que determinado efeito anticompetitivo – *e.g.* a diminuição de vendas atuais ou o aumento da concentração de mercado – possa ser atingido por uma quantidade virtualmente infinita de condutas, cada prática comercial pode ter uma probabilidade diferente de gerar essa consequência.

A depender da potencialidade da conduta investigada de afetar a concorrência, pode ser necessário utilizar um teste jurídico que envolva maior ou menor carga de transferência do ônus da prova à empresa investigada. Por isso, uma abordagem baseada em efeitos não pode prescindir da aplicação de uma teoria do dano ao caso concreto que articule em que medida a categoria jurídica da prática investigada – *e.g.* recusa de contratar, contrato de exclusividade – se insere nos limites da teoria do dano¹²²⁴.

Essa utilidade relativa dos testes jurídicos é ainda maior quando as autoridades lidam com alegações de redução da inovação¹²²⁵. Pois, nesse campo, além de ser realmente muito difícil colher evidências concretas de que determinada prática resultou em uma diminuição do ritmo de inovação, torna-se frequentemente difícil presumir que houve diminuição da inovação pela simples análise de

¹²²⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o processo administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

¹²²¹ Vide item 3.3 do Capítulo 3.

¹²²² LIANOS, I. Categorical thinking in competition law and the 'effects-based' approach in article 82 EC. *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*. 2014; e COLOMO, P. I. What is an abuse of a dominant position? Deconstructing the prohibition and categorizing practices. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, pp. 9–16, 2021 (argumenta que "some of the tests proposed only seem suitable for certain conduct, and more precisely behaviour that is inherently anticompetitive [and] other approaches are not administrable and as such fail to assist context-specific inquiries in individual case").

¹²²³ NAZZINI, R. *The foundations of European Union law: the objective and principles of article 102*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 56.

¹²²⁴ LIANOS, I. Categorical thinking in competition law and the 'effects-based' approach in article 82 EC. *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, p. 21, 2014.

¹²²⁵ Sobre os limites envolvidos na aplicação de diversos testes jurídicos às condutas de inovação anticompetitiva, cf. GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 47–77, 2007.

fatores estruturais de mercado – como dados de *market share* e, até mesmo, número de competidores –, dado serem obscuras as relações estabelecidas na teoria econômica entre concentração de mercado e taxas de P&D. Tudo isso faz com que seja necessário avaliar como, nas condições daquele mercado específico, as oportunidades de inovação podem ou não ser afetadas pela conduta de um agente dominante.

Assim, em vez de fixar abstratamente um teste jurídico para todas as formas de abuso de posição dominante em plataformas digitais, esta tese apreciará, no item 3 deste Capítulo, quatro formas específicas de condutas unilaterais, com o objetivo de identificar quais seriam os critérios de ilicitude mais adequados para a apreciação de cada uma delas.

Desde logo, porém, consideramos oportuno esclarecer algumas presunções sobre como as estratégias de exclusão podem informar, em cada caso concreto, a escolha de dado teste jurídico. Essas presunções se ancoram em modelos econômicos desenvolvidos para o controle de estruturas por autores como GILBERT¹²²⁶ E FEDERICO, LANGUS E VALETTI¹²²⁷, também refletidos por BAKER¹²²⁸. Entendemos que esses modelos convergem em pontos de partida minimamente seguros para a análise da concorrência dinâmica em mercados digitais. Em especial, três premissas advindas desses modelos são importantes para um regime de condutas unilaterais.

Em primeiro lugar, é possível presumir que o aumento da rivalidade aumenta também os incentivos das empresas em investir em atividades de P&D que podem resultar em inovações drásticas não patenteáveis. Por outro lado, a presunção se atenua quando se trata de inovações sustentáveis, cenário em que o aumento da rivalidade pode também diminuir os incentivos à inovação¹²²⁹. Em segundo lugar, os incentivos à inovação por parte do agente dominante são diretamente afetados pelas chances de a inovação resultante canibalizar os seus lucros atuais – hipótese em que ocorre o *replacement effect* – em mercados coincidentes¹²³⁰. Em terceiro lugar, os incentivos à inovação são reduzidos quando aumentam as chances de outras empresas não inovadoras se apropriarem dos lucros de uma inovação por meio de imitações ou de qualquer outra forma¹²³¹.

¹²²⁶ GILBERT, R. J. *Innovation matters: competition policy for the high-technology economy*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2020. pp. 57-59 e ss.

¹²²⁷ FEDERICO, G.; LANGUS, G.; VALLETTI, T. Horizontal mergers and product innovation. *International Journal of Industrial Organization*, v. 59, pp. 1–23, fev. 2018.

¹²²⁸ BAKER, J. B. *The antitrust paradigm restoring a competitive economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019. pp. 157–159.

¹²²⁹ GILBERT, R. J. *Innovation matters: competition policy for the high-technology economy*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2020. p. 58.

¹²³⁰ Vide item 3.1 do Capítulo 1.

¹²³¹ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, p. 363, mar. 2011.

A incorporação dessas três premissas em uma moldura antitruste voltada ao combate ao abuso de posição dominante, por sua vez, pode ancorar ao menos três presunções jurídicas de ilicitude para condutas abusivas, as quais serão descritas a seguir.

Presunção de ilicitude nº 1: é presumidamente ilícita a conduta exclusionárias que, de qualquer forma, cria ou reforça posição dominante prévia em um mercado relevante atual sem afetar a concorrência em mercados adjacentes¹²³². Tal presunção se justifica porque, dentro do mercado atual ou principal, a conduta exclusionária tende a reduzir os incentivos de promoção de inovações drásticas, tanto por parte dos rivais, quanto por parte do próprio agente dominante, posto que este enfrentará riscos de canibalização dos seus lucros atuais. Em relação às inovações sustentáveis, por outro lado, é legítimo pressupor que a conduta do agente dominante, se não diminui os incentivos à inovação, também não os aumenta, dado que, com o aumento da concentração de mercado além de um ponto médio, os rivais terão menos recursos disponíveis para inovar. Nessas hipóteses, portanto, é possível antever que a conduta unilateral exclusionária oferece um elevado risco de comprometimento à inovação, e não é capaz de compensar esse risco por chances de aumento da capacidade ou do incentivo de inovar no mercado.

Presunção de ilicitude nº 2: é presumidamente ilícita a conduta exclusionária do agente dominante que diminui a concorrência em mercado relevante adjacente de produtos complementares. Essa presunção, porém, é mais fraca do que a anterior, já que a conduta em si pode gerar efeitos ambíguos sobre a inovação¹²³³. De um lado, ela pode diminuir os incentivos à inovação, na medida em que reduz a rivalidade no mercado adjacente. De outro, é possível que a conduta aumente as oportunidades de o agente dominante obter lucros de inovação no mercado adjacente, sem ter de enfrentar os efeitos de canibalização dos seus lucros no mercado atual em que detém posição dominante. Devido a esses efeitos ambíguos, as autoridades antitruste terão que ponderar os riscos de diminuição da inovação advindos da exclusão de um concorrente no mercado adjacente *vis a vis* os possíveis benefícios gerados pelo aumento da capacidade e do incentivo do próprio incumbente de inovar.

Presunção de ilicitude nº 3: é presumidamente ilícita a conduta praticada pelo agente dominante que, de qualquer forma, reduz as possibilidades de os rivais se apropriarem dos lucros de suas inovações, seja em um mercado atual, seja em um mercado adjacente. Dentre as três, trata-se da presunção de ilicitude mais forte, já que a conduta que atrapalha a obtenção dos resultados da

¹²³² GILBERT, R. J.; MELAMED, A. D. Innovation under section 2 of the Sherman Act. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 34, 2021.

¹²³³ Presunção semelhante é advogada em SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, pp. 1643–1644, 2013.

inovação gera uma diminuição sistêmica dos incentivos a inovar em quaisquer dos mercados afetados.

A rigor, essas três presunções de ilicitude, de alguma forma, podem ser entendidas como derivações diretas dos princípios da contestabilidade e da apropriabilidade¹²³⁴. As presunções 1 e 2 afetam a contestabilidade, respectivamente, em mercados atuais ou adjacentes e a presunção 3 reduz a apropriabilidade em ambos os cenários. Por outro lado, a presunção 2 gera efeitos ambíguos sobre a inovação, uma vez que pode aumentar a apropriabilidade.

A partir da definição das presunções de ilicitude, o exercício que será desenvolvido neste Capítulo consiste em tentar articulá-las a cada uma das teorias do dano de concorrência dinâmica e das categorias de abuso de posição dominante de plataformas digitais investigadas no item 3. Antes, porém, é necessário desvendar como essas três presunções de ilicitude geram consequências para a escolha dos padrões ou *standards* de prova de efeitos sobre inovação. Conforme será descrito no tópico a seguir, cada uma das presunções de ilicitude pode dar a origem a um padrão probatório distinto, a depender da avaliação da probabilidade de a conduta aumentar ou diminuir a capacidade e os incentivos à inovação.

2.2. Padrões de prova na análise de efeitos e defesas da conduta

A avaliação dos efeitos positivos ou negativos de uma conduta sobre inovação é, sem dúvida, um exercício tortuoso¹²³⁵. A questão suscita um debate mais amplo sobre as dificuldades de definir meios de prova de efeitos anticompetitivos. Esse está longe de ser um desafio concernente apenas ao campo das alegações relacionadas à inovação e está relacionado, de forma mais ampla, às dificuldades de formular juízos seguros a partir de evidências econômicas disponíveis¹²³⁶. Tais dificuldades, aliás, têm feito com que o exame detalhado dos efeitos anticompetitivos se torne cada vez mais raro no julgamento de atos de abuso de posição dominante¹²³⁷.

No direito concorrencial brasileiro, a demonstração de efeitos anticompetitivos tem sido usualmente fixada em patamares probatórios bastante reduzidos, como se verifica nas discussões recentes do CADE que envolvem a apreciação de efeitos potenciais¹²³⁸. Da jurisprudência em

¹²³⁴ SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 361–404, mar. 2011; e BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007.

¹²³⁵ GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, p. 57, 2007.

¹²³⁶ WARDHAUGH, B. *Competition, effects and predictability: rule of law and the economic approach to competition*. Oxford: Hart Publishing, 2020. pp. 173–174.

¹²³⁷ KALINTIRI, A. *Evidence standards in EU competition enforcement: the EU approach*. Oxford: Hart Publishing, 2019. pp. 51–55.

¹²³⁸ Vide, nesse sentido, o entendimento perfilado pelo CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04 (*OI-VESPER*), em que se entendeu que na análise do abuso de posição dominante imputado à

matéria de restrições verticais, é possível constatar que o Conselho tem utilizado testes jurídicos muito variados que transcendem a simples "avaliação de efeitos baseada na regra da razão"¹²³⁹.

Especificamente no caso da demonstração de efeitos sobre inovação, a questão se torna mais complexa pela ausência de métricas específicas e pela dificuldade de fixar um contrafactual adequado¹²⁴⁰. Diante da ausência de preços, seria possível cogitar o uso de *proxies* de taxas de inovação, a partir do exame da distribuição dos ativos – principalmente gastos com P&D¹²⁴¹. Todavia, mesmo assim, seria difícil obter dados que pudessem ser vinculados às condutas examinadas sob uma ótica de causalidade. Isso se torna um problema principalmente para avaliações *ex ante* de efeitos não horizontais, como aquelas conduzidas no contexto da análise de atos de concentração¹²⁴².

A fim de contornar tais dificuldades, para os fins desta tese, propomos que a avaliação de efeitos de uma conduta seja feita tendo como parâmetro contrafactual a própria existência da prática investigada em período anterior e posterior à sua execução. Nesse sentido, conceitualmente, entende-se que uma conduta unilateral gera um efeito negativo sobre a inovação quando diminui a capacidade ou os incentivos à inovação após a sua introdução¹²⁴³. Alternativamente, a conduta gera efeito positivo sobre a inovação quando esses dois fatores – capacidade e incentivo à inovação – são reforçados¹²⁴⁴.

Para que fiquem mais claros os conceitos adotados, é pertinente elucidar que a capacidade de inovar pode ser compreendida como a possibilidade de o agente econômico empregar ativos-chaves para o processo de inovação, conceito esse que se relaciona com a noção de capacidades

representada "potencialidade lesiva não deve ser aferida por meio da constatação da produção ou não de efeitos anticompetitivos, sob pena de esvaziar o disposto na legislação antitruste". Nesse caso, o Tribunal entendeu que, sob um critério de "possibilidade consistente", a autoridade antitruste poderia avaliar uma alegação de abuso verificando se "existe uma relação concreta entre a prática analisada e os efeitos lesivos que lhe são atribuídos, bem como que os efeitos potenciais são ligados à conduta a partir de um nexo de pertinência e adequação". (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04. Voto-relator da Conselheira Ana Frazão.).

¹²³⁹ Sobre esse assunto, cf. FERNANDES, V. O. Compliance programs and abuse of dominance practices under Brazilian competition law: a roadmap for compliance monitors. *Concurrences Competition Law Review*, v. 3, n. 1, pp. 216–227, 2019 (argumenta que "CADE's approach to monopolization practices has relied on a variety of presumptions of lawfulness that go far beyond the strict use of the rule of reason defined in the 2016 Compliance Guidelines").

¹²⁴⁰ FREDERICO, G; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. *In: Innovation policy and the economy 20*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. pp. 154–155.

¹²⁴¹ DELLER, D. *et. al.* Competition and innovation in digital markets. *BEIS Research Paper Number: 2021/040 Report*, v. 1, p. 24, abr. 2021. Vide, ainda, item 2 do Capítulo 5.

¹²⁴² OCDE. *Merger control in dynamic markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. pp. 20–22.

¹²⁴³ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, p. 325, 2019.

¹²⁴⁴ Abordagens bastante semelhantes a que ora adotamos são utilizadas em GILBERT, R. J; MELAMED, A. D. Innovation under section 2 of the Sherman Act. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, pp. 1–44, 2021; e FREDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. *In: Innovation policy and the economy 20*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. pp. 125–190 (sustenta que o contrafactual deve ser definido em relação ao processo competitivo em si).

dinâmicas discutida nesta tese¹²⁴⁵. Os incentivos à inovação, por sua vez, podem ser entendidos como a diferença de expectativa de obtenção de lucros que uma empresa poderia obter pelo aproveitamento de uma inovação¹²⁴⁶.

A diminuição da capacidade ou dos incentivos à inovação alvos de preocupação antitruste poderão ocorrer tanto em relação ao agente dominante quanto em relação aos rivais. Na primeira hipótese, a diminuição da capacidade ou dos incentivos poderia estar relacionada aos efeitos de substituição descritos por ARROW¹²⁴⁷, na medida em que, por se tratar de uma possível inovação capaz de canibalizar os lucros obtidos com a venda de produtos atuais, os incentivos por parte do agente dominante tenderiam a ser decrescentes¹²⁴⁸.

Na segunda hipótese, a diminuição da capacidade ou dos incentivos à inovação decorreria da própria conduta anticompetitiva que, ao desnivelar o "campo de jogo" da rivalidade no mercado, afetaria negativamente as oportunidades de inovação¹²⁴⁹. Em ambos os casos, quando comprovado que determinada conduta de exclusão diminuiu a capacidade ou o incentivo à inovação, será possível pressupor que o bem-estar social foi reduzido¹²⁵⁰.

Por outro lado, a conduta unilateral praticada pelo agente dominante pode, sob determinadas circunstâncias, afetar positivamente a capacidade e o incentivo de inovação. Isso ocorre principalmente quando a prática investigada reforçar o vetor de apropriabilidade, ou seja, quando ela aumentar a capacidade ou o incentivo do próprio agente dominante ou dos seus rivais de se apropriar dos resultados da inovação.

A demonstração de que a conduta gerou efeitos positivos sobre a inovação é uma das formas de justificativa que podem afastar a ilicitude da prática investigada. Outra forma de defesa, que tem sido recorrentemente discutida na literatura no contexto dos mercados digitais, ocorre quando o agente dominante prova que a conduta praticada, mesmo que tenha gerado prejuízos à inovação, é a solução menos prejudicial dentre outras tecnicamente possíveis¹²⁵¹. De toda sorte, a literatura é

¹²⁴⁵ KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, pp. 15–66, 2017. Vide item 3.3 do Capítulo 4.

¹²⁴⁶ Esse conceito aproxima-se ao utilizado em GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation policy and the economy*, v. 6, p. 159, 2006.

¹²⁴⁷ ARROW, K. J. Economic welfare and the allocation of resources to invention. In: *The rate and direction of economic activity*. Nova Iorque: Princeton University Press, 1962. pp. 609–626.

¹²⁴⁸ GILBERT, R. J. *Innovation matters: competition policy for the high-technology economy*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2020. p. 58.

¹²⁴⁹ COSTA-CABRAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, p. 321, 2019.

¹²⁵⁰ GILBERT, R. J.; MELAMED, A. D. Innovation under section 2 of the Sherman Act. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 3, 2021.

¹²⁵¹ TODD, P. F. Intra-platform exclusion in software markets. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 6, n. 3, p. 13, 2018.

rígida em definir que essa alegação não pode ser genérica e precisa envolver a demonstração de que a restrição imposta à inovação era, de fato, inescusável ou, ao menos, proporcional¹²⁵².

Além disso, deve-se ter cuidado com alegações genéricas de aumento da eficiência dinâmica. Pois, especialmente em mercados submetidos a elevado desenvolvimento tecnológico, é natural que haja o lançamento constante de novos produtos ou o aprimoramento de processos produtivos que geram redução de custos. Todavia, a pergunta que se deve fazer é se a conduta investigada prejudicou ou não a concorrência por inovação, de modo que o simples surgimento de inovações naquele mercado em momento posterior à introdução da conduta não é elegível como uma justificativa da prática¹²⁵³.

Ademais, a análise aqui desenvolvida não trata de possíveis justificativas de redução da inovação que podem ser compensadas por diminuições de preço. Sobre esse tema, KIRKWOOD defende a possibilidade de o *free rider* forçado gerar eficiências ressaltando que "quando um participante copia o produto de uma empresa dominante e o oferece a um preço mais baixo, os consumidores se beneficiam"¹²⁵⁴ (tradução livre). O autor apresenta resultados de duas pesquisas que envolvem a *Amazon* para argumentar que "quando a *Amazon* entra em um mercado de produto complementar, ela iguala a qualidade do produto dos concorrentes, mas cobra um preço de entrega mais baixo, fazendo com que a produção total do mercado aumente" (tradução livre)¹²⁵⁵.

Nas situações em que a qualidade do produto – melhorada pelo tratamento de dados de terceiros – não é o único fator relevante de competição, é possível que haja efeitos econômicos ambíguos da conduta. Pode-se cogitar, por exemplo, que o efeito negativo de diminuição dos incentivos à inovação seja compensado por eficiências estáticas, tais como menores preços ou aumento de oferta. Essa hipótese, porém, não será objeto da nossa consideração.

Delimitados os conceitos de efeitos anticompetitivos sobre inovação e de justificativas possíveis, a pergunta que se coloca é: como tais elementos podem ou devem ser demonstrados pela autoridade antitruste em termos de padrões ou *standards* probatórios?

Devido à complexidade do tema e da literatura relativamente escassa no direito brasileiro sobre a natureza dos efeitos anticompetitivos, nesta tese optamos por emprestar uma classificação

¹²⁵² COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 22/2015, v. 41, n. 2, p. 11, 2015 ("efficiency claims have to be verifiable and directly related to the practice under consideration if they are to be accepted").

¹²⁵³ FREDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. *In: Innovation policy and the economy 20*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. p. 155 (destaca-se que "defendants sometimes point to these market improvements (cheaper and faster products) as evidence that no exclusionary conduct has taken place. However, the correct question is whether the improvements in speed and reductions in price would have been even larger absent the exclusionary conduct").

¹²⁵⁴ KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, p. 20, 2021 ("when an entrant copies a dominant firm's product and offers it at a lower price, consumers benefit").

¹²⁵⁵ KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, p. 20, 2021.

dos padrões de prova de efeitos anticompetitivos proposta por COLOMO¹²⁵⁶ no contexto do direito comunitário europeu. Entendemos que, com as devidas adaptações, a categorização proposta pelo autor ajuda no desenvolvimento do nosso argumento de que o *standard* probatório a ser exigido pelo CADE para a comprovação dos efeitos sobre a inovação deverá variar de acordo com as presunções de probabilidade desses efeitos.

De acordo com COLOMO, do ponto de vista do significado ou da natureza dos efeitos anticompetitivos, o *standard* probatório mais baixo seria aquele que simplesmente equipararia o efeito anticompetitivo à simples demonstração de que a conduta, de alguma maneira, afetou negativamente a liberdade de agir de um concorrente (*freedom of action*). Avançando em direção a um *standard* mais elevado, exigir-se-ia a prova de que a conduta afetou a estrutura de mercado como um todo, tornando-a mais concentrada (*market structure*).

O próximo estágio coincidiria com a exigência de demonstração de que a conduta prejudicou um concorrente igualmente eficiente (*as efficient competitor*). Por fim, no outro extremo da linha de ônus probatório, haveria a necessidade de prova de que a prática violou diretamente o bem-estar do consumidor (*consumer welfare*). O autor reconhece que uma prova que satisfaz esse último estágio seria absolutamente limitada¹²⁵⁷.

Prosseguindo na análise, o autor correlaciona esses *standards* probatórios a presunções da autoridade antitruste sobre a plausibilidade que a conduta tem de gerar os efeitos anticompetitivos indesejados¹²⁵⁸. Nessa avaliação, identificam-se três marcos relacionados: plausibilidade, probabilidade e certeza. Em algumas situações, a autoridade antitruste terá uma presunção forte de que a conduta, se existente, provocará danos ao bem-estar social. Nesse caso, por se tratar de uma conduta *prima facie* ilegal, bastará provar que o efeito da conduta é minimamente plausível, de sorte que, sob esse enfoque, haverá pouco ou nenhum espaço argumentativo para que a empresa acusada se defenda ou apresente justificativas.

De forma intermediária, uma prática que puder, ao mesmo tempo, gerar efeitos econômicos anticompetitivos e eficiências minimamente relevantes deverá atrair uma demonstração de que aqueles efeitos eram pelo menos prováveis de ocorrer.

Por fim, no extremo oposto, quando a conduta investigada tiver um alto potencial de gerar eficiências, será necessário atingir um grau maior de certeza de que os efeitos anticompetitivos se configuram. COLOMO identifica os testes jurídicos definidos na jurisprudência do direito

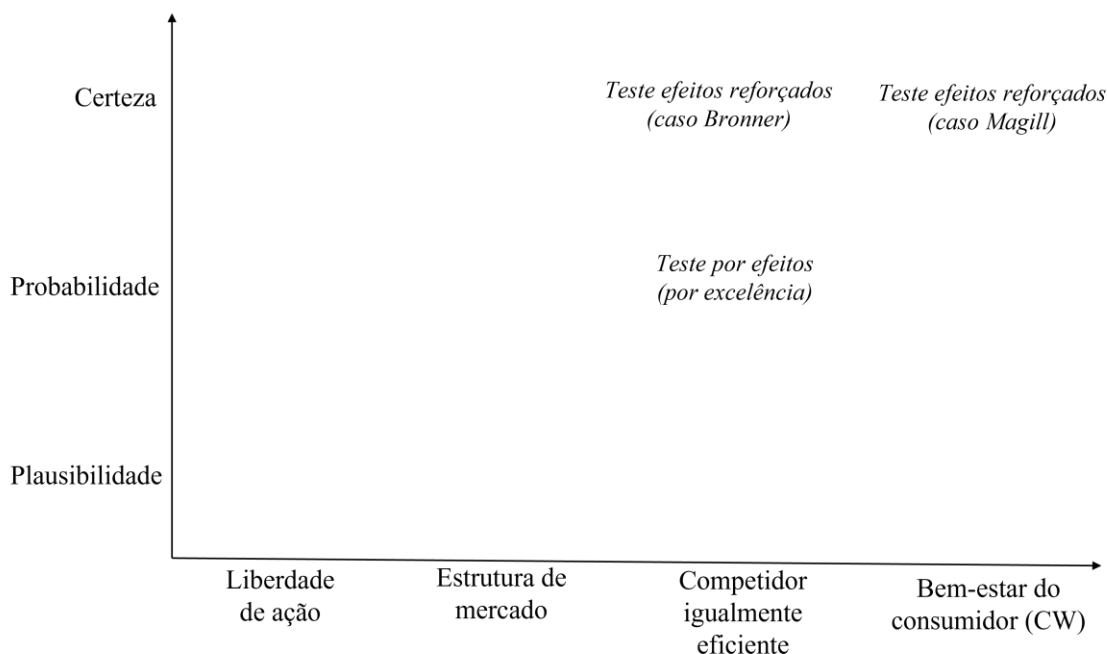
¹²⁵⁶ COLOMO, P. I. Anticompetitive effects in EU competition law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 2, pp. 309–363, 2021.

¹²⁵⁷ COLOMO, P. I. Anticompetitive effects in EU competition law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 2, pp. 309–363, 2021.

¹²⁵⁸ COLOMO, P. I. Anticompetitive effects in EU competition law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 2, pp. 309–363, 2021.

comunitário europeu a partir da associação das presunções com os ônus de prova dos efeitos anticompetitivos¹²⁵⁹, tal como proposto na figura abaixo:

Figura 16 – Análise de efeitos anticompetitivos de acordo com a presunção de plausibilidade



Fonte: elaboração própria, adaptado de COLOMO, P. I. Anticompetitive effects in EU competition law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 2, pp. 309–363, 2021.

A categorização proposta pelo autor reflete a observação que fizemos no item 2.1, no sentido de os testes jurídicos sempre serem pensados de maneira a considerar a probabilidade real da conduta de gerar efeitos anticompetitivos. Essa avaliação pode ser equiparada justamente ao conceito de presunção de ilicitude antitruste¹²⁶⁰.

Ao nosso ver, esse mesmo exercício para avaliação dos efeitos anticompetitivos focados em preço pode ser repensado a fim de iluminar a definição de padrões probatórios em investigações de condutas unilaterais relacionadas à inovação. Para tanto, consideraremos as três presunções de ilicitude definidas no item 2.1, que refletem, ao nosso ver, juízos seguros sobre como as condutas dos agentes dominantes podem afetar a relação entre estrutura de mercado e inovação.

Como afirmado, a presunção de ilicitude nº 1 estabelece que a conduta do agente dominante que restringe a concorrência em mercado de produto atual gera diminuição dos incentivos à

¹²⁵⁹ COLOMO, P. I. Anticompetitive effects in EU competition law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 2, pp. 309–363, 2021.

¹²⁶⁰ KALINTIRI, A. Analytical shortcuts in EU competition enforcement: proxies, premises, and presumptions. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 16, n. 3, p. 397, 2020.

inovação. Nesse caso, o *standard* de prova do efeito anticompetitivo sobre a inovação coincidirá com uma mudança na estrutura de mercado, uma vez que, se constatado que o mercado se tornou mais concentrado devido à conduta do agente dominante, estará demonstrado o efeito negativo sobre a inovação naquele mercado relevante atual.

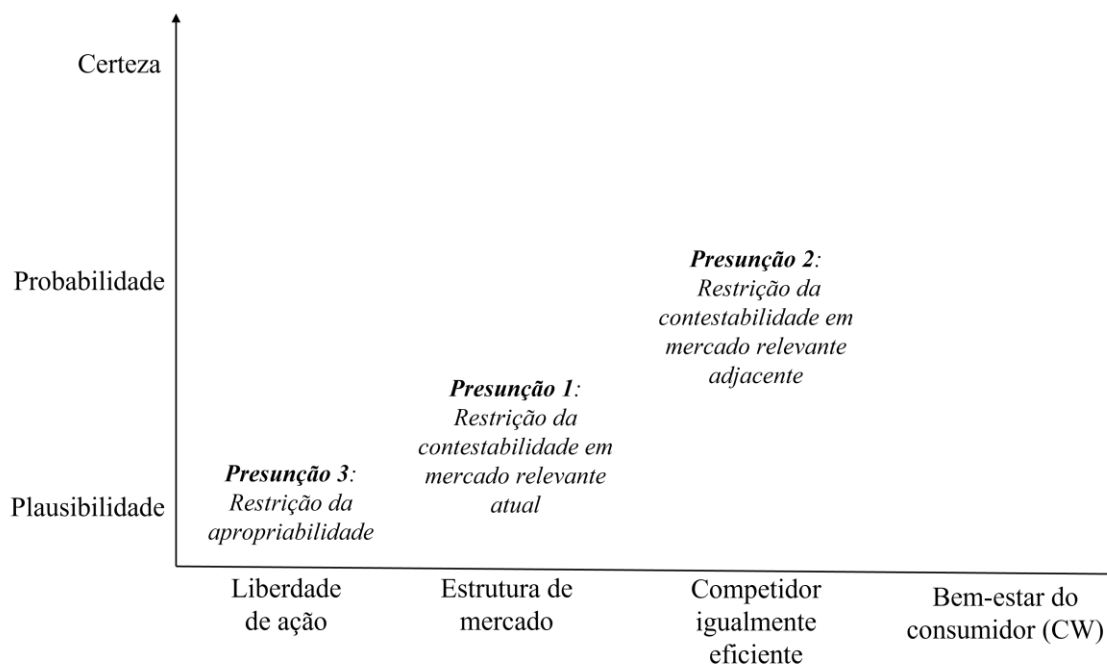
Contudo, considerando pouco provável, ou mesmo praticamente impossível, que a conduta gere algum aumento da capacidade ou do incentivo à inovação, é possível aproximar o *standard* de prova a um limiar de plausibilidade. Nesse caso, uma eventual justificativa da prática teria de ser baseada em uma inviabilidade de conduta diversa. Isso pode acontecer, por exemplo, quando comprovado que a prática investigada era imprescindível para manter a qualidade ou mesmo a viabilidade técnica da oferta do produto ou serviço.

A presunção de ilicitude nº 2 determina que a conduta do agente dominante que resulta na exclusão de rivais em mercado adjacente pode tanto diminuir quanto aumentar a capacidade e os incentivos à inovação naquele mercado. Nesse caso, os efeitos ambíguos sobre a inovação que emergem da conduta se assemelham, do ponto de vista lógico, à ambiguidade dos efeitos anticompetitivos das condutas unilaterais, idealmente tratadas com base em um teste jurídico do competidor igualmente eficiente. Tendo em vista ser minimamente provável que a conduta gere eficiências relevantes, essa presunção poderá ser alocada em um limiar de probabilidade.

Por fim, a presunção de ilicitude nº 3 estabelece que a conduta do agente dominante que reduz a apropriabilidade gera efeitos negativos sobre a capacidade e o incentivo à inovação tanto no mercado atual quanto no mercado adjacente, e, em nenhum desses, é capaz de gerar qualquer aumento da capacidade ou do incentivo à inovação. Essas práticas, no limite, aproximar-se-iam a verdadeiras restrições "puras" à inovação (*naked restraints*) ou condutas *prima facie* ilegais, de modo que o seu *standard* probatório seria muito baixo, aproximado ao da simples demonstração de uma restrição da liberdade de ação do concorrente no limiar de plausibilidade. Não haveria nenhuma justificativa aplicável de defesa, exceto a demonstração da própria inexistência da conduta.

A figura abaixo ilustra a nossa proposta de alocação dos regimes de presunção de ilicitude sobre inovação nos limiares de padrões probatórios:

Figura 17 – Estandartes de prova de efeitos anticompetitivos e de justificativas de acordo com os regimes de presunções de danos à inovação



Fonte: elaboração própria.

Partindo desse quadro esquemático, no próximo item deste Capítulo, examinaremos as principais categorias de condutas unilaterais que têm sido objeto de investigação por parte das autoridades antitruste contra plataformas digitais. Esse quadro servirá, portanto, para que avaliemos de forma crítica como as alegações relacionadas à inovação podem ser tratadas nessas investigações. Consoante definido na Introdução, teremos especial interesse em analisar como o CADE lidou com essas alegações nos casos julgados contra o *Google*.

3. Aplicação da moldura de análise antitruste proposta às categorias selecionadas de abuso de posição dominante em plataformas digitais

Uma das principais dificuldades relacionadas ao tratamento de abuso de posição dominante em plataformas digitais parece ser a ausência de consensos semânticos sólidos em torno das categorias jurídicas de condutas unilaterais de natureza exclusionárias. Apenas para citar alguns exemplos, um estudo recente da OCDE¹²⁶¹ buscou sistematizar as modalidades de abuso em tipos "tradicionais" – *e.g.* recusa de contratar, preço predatório, compressão de margem, exclusividade etc. – e "novas formas de abuso nos mercados digitais" – *e.g.* as práticas de *free riding* forçado e autopreferência.

¹²⁶¹ OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020.

No mesmo sentido, outros autores como MAŁOBEŃKA-SZWAST¹²⁶², sistematizam as condutas de exclusão relacionadas a dados (*data-driven exclusionary practices*), ora fazendo referência às modalidades tradicionais de exclusão, ora propondo novas categorias. Em contrapartida, estudos como os de KIRKWOOD¹²⁶³ preferem segregar as modalidades de exclusão das plataformas em exclusões relacionadas a mercados principais e a mercados complementares.

Essa carência de consensos semânticos revela-se problemática para um estudo estruturado do abuso de posição dominante em plataformas digitais não porque a categorização das condutas seja em si relevante. É amplamente cediço que as infrações à ordem econômica no direito concorrencial brasileiro independem de forma específica. Contudo, a multiplicidade de expressões inovadoras que têm sido utilizadas para descrever essas condutas frequentemente fazem com que se tenha pouca clareza sobre qual seria a teoria do dano aplicável e qual teste jurídico deveria orientar a avaliação de efeitos. Exemplo emblemático disso são as discussões sobre autopreferência, rótulo que ora é utilizado para definir uma categoria jurídica de conduta¹²⁶⁴, ora é empregado como teoria do dano em si¹²⁶⁵.

Considerados tais obstáculos, neste item, faremos um esforço de segregar quatro categorias jurídicas de condutas de exclusão em plataformas digitais, quais sejam (i) apropriação de conteúdo de terceiros; (ii) impedimentos ao uso de múltiplas plataformas; (iii) inovação anticompetitiva; e (iv) autopreferência. Para cada uma delas, nossos objetivos serão (i) delimitar os contornos da materialidade da conduta; (ii) examinar o seu enquadramento no disposto no art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011; (iii) discutir as possíveis teorias do dano relacionadas a inovação aplicáveis; e (iv) definir os testes jurídicos que poderão ser utilizados para avaliação dos efeitos sobre a inovação.

Ao realizar esse exercício, faremos também uma análise crítica das decisões do CADE, com a finalidade de responder à pergunta de pesquisa lançada nesta tese, qual seja, se o CADE empregou teorias de concorrência dinâmica ao julgar as condutas anticompetitivas relacionadas às plataformas digitais nos processos administrativos selecionados.

3.1. Apropriação de conteúdo de terceiros, *free rider* forçado ou *scraping*

A primeira categoria de abuso de posição dominante por exclusão em mercados digitais a ser discutida neste Capítulo consiste na apropriação de conteúdo de terceiros (*misappropriating*

¹²⁶² MAŁOBEŃKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 223-277.

¹²⁶³ KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–52, 2021.

¹²⁶⁴ OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 54.

¹²⁶⁵ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 7.

third-party content)¹²⁶⁶, também conhecida como efeito carona forçado (*forced free riding*)¹²⁶⁷ ou, ainda, raspagem de conteúdo (*content scraping*)¹²⁶⁸. Para os fins desta tese, será utilizada preferencialmente a primeira dessas terminologias, tendo em vista que a expressão "efeito carona forçado" desnecessariamente confunde a forma da conduta em si com os seus possíveis efeitos verticais, enquanto a expressão "*scraping*" pode ser confundida com a atividade de raspagem regularmente feita por *crawlers* em plataformas de buscas *online*¹²⁶⁹.

As preocupações com esse tipo de prática surgiram no início da década passada nas investigações abertas contra o *Google* nos EUA¹²⁷⁰ e na Europa¹²⁷¹. Em ambas as jurisdições, a empresa era acusada de, a partir de 2012, impor aos editores de *websites* uma cláusula contratual que conferia uma espécie de consentimento geral que autorizava o *Google* a usar *feeds* de dados gerados nesses *websites* para personalizar a oferta nos seus próprios serviços de buscas verticais – *e.g. Google Shopping, Google Flights, Google Locals* etc.

No contexto norte-americano, algumas plataformas concorrentes nos mercados de buscas verticais – *e.g. TripAdvisor* e *Yelp* – acusavam o *Google* de indevidamente utilizar, nas suas páginas do *Google Flights* e do *Google Locals*, informações de *ratings* e *reviews* que haviam sido obtidas e organizadas por aquelas plataformas concorrentes¹²⁷². Diante das reclamações de uso indevido dessas informações, o *Google* chegou a excluir o *Yelp* dos seus resultados da sua pesquisa universal em retaliação às denúncias¹²⁷³. Em 2013, contudo, o *Google* celebrou um acordo com a autoridade

¹²⁶⁶ EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. pp. 83–84.

¹²⁶⁷ OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 53; e SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1699, 2013a.

¹²⁶⁸ KHAN, L. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 1, p. 999, 2019; EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, p. 61, 2020; e MAŁOBĘCKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 263–265.

¹²⁶⁹ A nomenclatura *scraping* é especialmente inoportuna porque sugere equivocadamente que a prática em questão só aconteceria no mercado de buscas *online*. Além disso, como discutido no item 1.3 do Capítulo 5, o uso de *softwares* chamados de *crawlers*, que "raspam" o conteúdo na internet para depois indexá-los, é uma parte importante da oferta regular de plataformas de buscas *online*. Essa impropriedade técnica no uso da expressão *scraping* foi reconhecida, aliás, no voto-vista da Conselheira Paula Farani no caso *Google Scraping*. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Farani (SEI nº 063262). 2019. § 111 - § 112).

¹²⁷⁰ EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal (somente páginas pares disponíveis)*. [s.l.: s.n.], 2012. p. 31 ("staff has investigated whether Google has 'scraped' - or appropriated-the content of rival vertical websites in order improve its own vertical properties so as to maintain, preserve, or enhance Google's monopoly power in the markets for search and search advertising").

¹²⁷¹ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns: questions and answers*, abr. 2013 ("the second competition concern relates to the way Google uses without consent content from competing specialised search services in its own offerings").

¹²⁷² EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012. p. 32.

¹²⁷³ STERLING, G. *Yelp unlikely to come back to Google Places*. *Search Engine Land*, 2020.

antitruste norte-americana, pelo qual se comprometeu a rever as suas condições contratuais e a conferir aos *websites* a opção de não terem seus conteúdos exibidos nas páginas dos buscadores verticais do *Google* (cláusula de *opt out*)¹²⁷⁴.

No contexto europeu, a prática de *scraping* foi incluída no bojo de uma investigação mais ampla contra o *Google* no mercado de buscas em geral, porém a Comissão Europeia rejeitou uma proposta de acordo que apresentava termos similares ao compromisso assumido nos EUA¹²⁷⁵. Não está claro se a autoridade ainda abrirá uma investigação específica pela prática de apropriação de conteúdo de terceiros no futuro.

As investigações norte-americana e europeia deram origem a desdobramentos no Brasil. Em 2013, a partir de representação formulada pela *E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.*, que controlava os *websites* de comparação de preços *Buscapé* e *Bondfaro*, o CADE instaurou um processo administrativo contra o *Google* para apurar a apropriação de conteúdo de terceiros¹²⁷⁶.

Em julho de 2019, o Conselho arquivou o processo por entender que não haviam sido colhidas provas suficientes da materialidade da conduta. No julgamento pelo Tribunal do CADE, a autarquia concluiu que o único evento de utilização de conteúdos de *websites* de terceiros efetivamente demonstrado no processo consistiu no uso de um *review* do site *Magazine Luiza*, que teria aparecido nos resultados de buscas da página do *Google Shopping* nos EUA, o que seria insuficiente para configurar um ilícito concorrencial¹²⁷⁷. O *Google* reconheceu nos autos esse fato e justificou ter se tratado de uma ocorrência isolada devido a falhas técnicas¹²⁷⁸.

Após uma instrução complementar, o Tribunal também determinou que fosse instaurado um novo processo administrativo, atualmente em andamento, diante de indícios de que, no período de 2011 a 2012, o *Google* poderia ter utilizado indevidamente conteúdos de portais de notícias em seu buscador *Google News*¹²⁷⁹.

Apesar de esses casos de apropriação de conteúdo de terceiros envolverem o mercado de buscas *online*, em outros mercados digitais, práticas semelhantes também têm suscitado

¹²⁷⁴ EUA. FTC. Commitments letter from Google Inc. to Chairman Leibowitz. *Google Inc., File No. 111-0163*, 2012 ("within 90 days, Google will make available a web-based notice form that provides website owners with the option to opt out from display on Google's Covered Webpages of content from their website that has been crawled by Google").

¹²⁷⁵ MAŁOBECKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. p. 264.

¹²⁷⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03.

¹²⁷⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 109.

¹²⁷⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 84 - § 85.

¹²⁷⁹ Trata-se do Processo Administrativo nº 08700.003498/2019-03, atualmente em instrução perante a Superintendência-Geral do CADE.

preocupações das autoridades antitruste estrangeiras. A Comissão Europeia¹²⁸⁰ e o *Bundeskartellamt*¹²⁸¹, por exemplo, abriram investigações contra a *Amazon* para apurar se a empresa tem se apropriado indevidamente dos dados fornecidos por varejistas e compradores no seu *marketplace* com a finalidade de calibrar as ofertas de varejo nos produtos de marca própria da *Amazon*¹²⁸².

Nos EUA, após a publicação de uma reportagem polêmica do *Wall Street Journal* denunciando que funcionários dessa empresa teriam admitido a manipulação de dados para favorecer as vendas de produtos próprios, o Congresso norte-americano convocou o *CEO* da empresa para prestar esclarecimentos¹²⁸³, o que também ensejou novas propostas legislativas que visam a diretamente proibir o uso não autorizado de dados dos varejistas pelos *marketplaces*¹²⁸⁴. Diante dos novos casos, há hoje um intenso debate na doutrina sobre o enquadramento do uso de informações de terceiros pela *Amazon* como uma conduta exclusivista¹²⁸⁵.

Partindo dessa contextualização, importa-nos discutir, no âmbito do direito concorrencial brasileiro, como a conduta pode constituir um abuso de posição dominante e, principalmente, se e

¹²⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices. *Press release*, nov. 2020.

¹²⁸¹ As investigações pela conduta de uso de informações de terceiros foram abertas pelo *Bundeskartellamt* no final de 2018. Em julho de 2019, porém, a *Amazon* alterou os termos e as condições gerais da sua plataforma para endereçar as preocupações da autoridade alemã e, diante disso, a agência antitruste decidiu suspender o processo. ALEMANHA. BUDESKARTELLAMT. Amazon ändert weltweit seine Geschäftsbedingungen für Händler auf seinen Markt- plätzen – Bundeskartellamt stellt Missbrauchsverfahren ein, pp. 1–12, jul. 2019. A despeito disso, hoje ainda existem duas investigações contra a *Amazon* em curso na Alemanha, conforme explicado recentemente pela autoridade. ALEMANHA. BUDESKARTELLAMT. *Proceedings against Amazon based on new rules for large digital companies (Section 19a GWB)*. *Press release*, 2021.

¹²⁸² Apesar de haver diferenças significativas em relação à conduta de *scraping* do *Google*, o uso de dados dos varejistas pela *Amazon* também é comumente examinado na literatura sob os mesmos rótulos de *free rider forçado* ou *cópia de produtos rivais*. A esse respeito, cf. VEZZOSO, S. Amazon and the law of the jungle. *CPI Antitrust Chronicle: Multi-sided Markets and Consumer Harm*, p. 5, dez. 2018; KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, pp. 18–23, 2021; e OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 53.

¹²⁸³ No âmbito das investigações movidas pelo Comitê Judiciário do Congresso norte-americano, o *CEO* Jeff Bezos prestou esclarecimentos sobre o uso indevido de informações de terceiros por parte da *Amazon* após o *The Wall Street Journal* ter publicado uma matéria em que funcionários da empresa admitiram que utilizavam dados colhidos dos anunciantes para informar suas decisões de ofertar determinados produtos com sua marca própria concorrendo com os varejistas. Sobre esse ponto, cf. EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*. [s.l.: s.n.], 2020. pp. 277–278.

¹²⁸⁴ Tais preocupações foram refletidas nas propostas legislativas apresentadas em junho de 2020 ao Congresso Norte-Americano, em especial na proposta de Lei da Inovação e das Escolhas na Internet (*American Choice and Innovation Online Act*), que pretende vedar o uso de dados de varejistas pelo *marketplace* da *Amazon*.

¹²⁸⁵ Para uma análise com foco no direito comunitário europeu, cf. REVERDIN, VI. M. K. Abuse of dominance in digital markets: can Amazon's collection and use of third-party sellers' data constitute an abuse of a dominant position under the legal standards developed by the European courts for article 102 TFEU? *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 12, n. 3, pp. 181–199, 2021 (discute como essa conduta pode ser examinada a partir dos testes legais desenvolvidos na jurisprudência da Comissão Europeia para as práticas de recusa de contratar, *margin squeeze* e *autopreferência*).

como o CADE poderia ter examinado essa prática a partir das preocupações relacionadas à inovação no Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03.

Do ponto de vista legal, não parece haver maiores dificuldades em se entender que a apropriação de conteúdo de terceiros pode ser considerada uma infração à ordem econômica nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011. Embora saibamos que o rol de condutas previsto no § 3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência não é taxativo, de forma didática, é possível aproximar a conduta de apropriação de conteúdo de terceiros à prática de açambarcar propriedade de um terceiro, nos termos do inciso XIV desse dispositivo¹²⁸⁶.

No julgamento do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, o CADE aplicou o mesmo entendimento firmado em outros precedentes para entender que havia dois mercados relevantes: um mercado de buscas universais e um mercado vertical de comparação de preços. A partir dessa definição de mercado relevante, concluiu-se que o *Google* detinha posição dominante naquele primeiro mercado¹²⁸⁷.

O uso não autorizado de informações e de conteúdo de terceiros pode, de diferentes formas, limitar a concorrência entre plataformas digitais. Faz-se necessário, porém, definir com maior precisão (i) no que consiste a conduta investigada, (ii) quais teorias do dano podem ser utilizadas para avaliação dos seus efeitos e, principalmente, (iii) como se poderia analisar os possíveis efeitos da prática sobre a inovação.

Para os fins de delimitar os contornos da materialidade da prática, podemos conceituar que a apropriação de conteúdo de terceiros ocorre quando uma plataforma digital obtém informações geradas em páginas de terceiros – via de regra, plataformas concorrentes – e, sem o consentimento ou contra a vontade do agente que produziu as informações, explora-as, como se fossem suas, para aprimorar a oferta de produtos e serviços próprios.

Para além dos exemplos mencionados acima que envolvem o *Google* e a *Amazon*, a conduta em discussão será configurada sempre que a plataforma digital dominante praticar uma "cópia" ou uma "imitação"¹²⁸⁸ do conteúdo criado pelo terceiro com finalidade comercial. Essa conduta poderia se configurar caso, em um mercado de buscas vertical de comparação de preços de passagens, uma plataforma dominante parasse de investir na melhoria dos seus algoritmos e começasse a simplesmente copiar os resultados de preços e passagens que aparecem nos resultados de uma página concorrente.

¹²⁸⁶ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36, § 3º: "XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;".

¹²⁸⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, p. 113, 2021.

¹²⁸⁸ KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, pp. 18–19, 2021 (trata a apropriação de conteúdos de terceiros como verdadeiras "cópias" de produtos rivais).

Justamente por haver uma forte relação entre a apropriação de conteúdo de terceiro e essas noções de cópia ou imitação, há autores que defendem que as imputações feitas às plataformas digitais não deveriam ser objeto de preocupação do direito antitruste e, sim, do direito de propriedade intelectual¹²⁸⁹.

Nesse sentido, no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, uma das alegações de defesa da representada era de que o CADE não poderia punir a conduta, uma vez que havia sido proferida uma sentença judicial reconhecendo que as informações copiadas da página do *Buscapé* não seriam protegidas por direitos autorais¹²⁹⁰. O CADE, no entanto, afastou sumariamente esse argumento, observando que a autarquia deveria julgar a conduta sob a ótica da tutela da livre concorrência, que consiste em um direito coletivo¹²⁹¹.

Apenas para afastar qualquer dúvida sobre esse ponto, é importante ressaltar que a apropriação de conteúdo de terceiros pode se configurar mesmo quando o agente dominante obtém esse conteúdo de uma maneira formalmente legítima, porém abusiva, em razão da sua posição dominante¹²⁹². No caso do *Google*, por exemplo, antes de firmar o acordo com a FTC, a empresa colhia os *reviews* e comentários de *websites* como o *Yelp* e o *TripAdvisor* com base em uma autorização contratual imposta unilateralmente¹²⁹³. Contudo, se o agente econômico não tiver outra opção senão aceitar essa autorização contratual genérica, a infração antitruste poderá se configurar, na medida em que a imposição dessa autorização contratual poderá ser vista como forma de manifestação do poder de mercado.

No julgamento do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, consoante mencionado, o CADE determinou o arquivamento da conduta por entender que não havia sido atestada a materialidade da prática de *scraping*. Apesar disso, entendemos relevante aprofundar a discussão, em tese, sobre quais seriam as teorias do dano aplicáveis relacionadas à inovação e qual teste jurídico poderia ter sido utilizado pelo Conselho.

¹²⁸⁹ COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 22/2015, v. 41, n. 2, pp. 16–17, 2015 (alega que tratar a apropriação de conteúdos de terceiros como um problema antitruste envolveria reconhecer o direito da concorrência como uma ferramenta autônoma para a proteção da inovação). Em sentido oposto, cf. KIVINIEMI, H. *Web-scraping as a competition law offence*. 64 f. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Tecnologia) - Universidade de Tilburg, Holanda, 2019 (defende que "*web-scraping has reached a level where competition law has a reason to intervene*").

¹²⁹⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 87.

¹²⁹¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 95.

¹²⁹² EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, p. 61, 2020.

¹²⁹³ EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012. p. 32 ("*much of Google's vertical content is currently obtained through feeds from various websites, pursuant to free licenses from those sites for Google to use that data*").

Do ponto de vista da teoria do dano, compreendemos que há duas abordagens gerais que estão disponíveis para o tratamento da conduta: (i) uma relacionada aos seus efeitos verticais e (ii) outra relacionada aos seus efeitos restritivos da inovação. Embora essas duas abordagens sejam frequentemente tratadas de forma não dissociada nos diversos estudos sobre o tema¹²⁹⁴, entendemos ser importante diferenciá-las para que possamos avançar na fixação dos testes jurídicos aplicáveis.

O primeiro gênero de teoria do dano enxerga a apropriação de conteúdo de terceiros como uma forma de restringir a concorrência em mercados verticalmente relacionados, o que atrairia as perspectivas tradicionais de fechamento de mercado (*market foreclosure*) ou de aumento de custos dos rivais (*raising rival costs*). Nos casos mencionados que envolvem o *Google* e a *Amazon*, por exemplo, seria possível pensar que as referidas plataformas estariam se valendo da sua posição dominante nos seus respectivos mercados *upstream* – mercados de buscas *online* gerais e de *marketplace* – para melhorar seus resultados em um mercado *downstream* – mercados de buscas verticais e mercado de varejo. Mesmo que não tenha avançado nessa análise em razão da ausência de materialidade da conduta, percebemos que o CADE fixou como teoria do dano aplicável à investigação de *scraping* a ideia de alavancagem anticompetitiva¹²⁹⁵.

Ao nosso ver, porém, não é adequado estabelecer *links* diretos entre a apropriação de conteúdo de terceiros e as teorias do dano de alavancagem. Pois, de acordo com o conceito aqui proposto, uma apropriação de conteúdo de terceiros nas plataformas digitais pode ocorrer mesmo quando o agente que pratica essa conduta não atua de forma verticalizada.

A rigor, pode haver outras formas pelas quais um agente econômico obtém indevidamente os conteúdos de terceiros para, em seguida, empregá-los de forma anticompetitiva na sua concorrência direta com a plataforma que produziu aquela informação. A esse exemplo, em vez de "raspar" as informações dos terceiros a partir das suas tecnologias de *crawler* empregadas no mercado de buscas *online*, o *Google* poderia ter obtido os conteúdos e as informações das plataformas verticais concorrentes por meio de contratos com *data brokers*.

¹²⁹⁴ Essa natureza dúplice dos danos advindos dessa conduta é afirmada em GERADIN, D. What should EU competition policy do to address the concerns raised by the digital platforms' market power? *TILEC Discussion Paper*, v. 1, p. 53, dez. 2018 ("while in the case of *Yelp scraping* could be seen as a form of vertical foreclosure harming a downstream competitor, innovation can also be discouraged when a platform takes advantage of the content produced by businesses that are not direct competitors (e.g., news publishers) as scraping produces the same innovation-suppressing effect"). No mesmo sentido, cf. SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, pp. 1700–1701, 2013; e OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 53 ("while the precise form of conduct, and thus overall effects, will be different (particularly since it may affect downstream firms' innovation incentives"); e VESALA, J. Protecting innovation from unfair practices. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 66.

¹²⁹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Farani (SEI nº 0632620). 2019. § 48 - § 56 (invoca "uma teoria de alavancagem (*leveraging*) do poder econômico no mercado *upstream* (buscas) para o mercado *downstream* (busca temática de compras)").

Assim, a atuação da plataforma no mercado *upstream* é apenas uma dentre as diversas formas que a plataforma dominante pode utilizar para obter o conteúdo ou a informação do terceiro. Para facilitar a nossa análise, a exploração de conteúdo de terceiros que resulta necessariamente da atuação verticalizada das plataformas será tratada nesta tese na categoria de autopreferência¹²⁹⁶.

Uma segunda abordagem de teoria de dano aplicável, de maior interesse para esta tese, conjectura a possibilidade de a apropriação de conteúdo de terceiros restringir a inovação. Nesse segundo cenário, a conduta pode ser analisada a partir das lentes das teorias de concorrência dinâmica discutidas nesta tese.

Na realidade, dentre as práticas abusivas discutidas neste trabalho, esta talvez seja a que mais claramente coloca em risco a inovação nos mercados digitais. A propósito, os riscos de a prática de *scraping* prejudicar a inovação foram intensamente debatidos na investigação aberta contra o *Google* nos EUA¹²⁹⁷. Documentos da investigação vazados na imprensa norte-americana mostram que o *Bureau of Competition* da FTC, ao recomendar a condenação, observou que "o efeito natural e provável da conduta do *Google* é a diminuição dos incentivos dos rivais a investirem e a desenvolverem conteúdos novos e inovadores, posto que as empresas não podem capturar totalmente os benefícios das suas inovações" (tradução livre)¹²⁹⁸. Embora a investigação tenha sido encerrada por acordo, na decisão de arquivamento, três Conselheiros da FTC reconheceram que havia evidências no sentido de que a conduta do *Google* teria diminuído os incentivos dos rivais de inovar¹²⁹⁹.

A despeito disso, no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, parece-nos que, nem na fase de instrução, nem na fase de julgamento, cogitou-se a possibilidade de a conduta ser investigada sob a lente dessa teoria do dano de inovação.

Revisitando as teorias do dano de concorrência dinâmica discutidas no Capítulo 4, é possível compreender a utilização indevida dos conteúdos e das informações geradas por concorrentes relacionadas às oportunidades de inovação ao violar duplamente os princípios da contestabilidade e da apropriabilidade¹³⁰⁰. Sob a ótica da contestabilidade, o uso indevido de informações e conteúdos pelo agente dominante restringe a concorrência que favorece o processo de inovação. Em

¹²⁹⁶ Vide item 3.4 deste Capítulo.

¹²⁹⁷ EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, pp. 61–62, 2020.

¹²⁹⁸ EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012. p. 40.

¹²⁹⁹ EUA. FTC. *Statement of the Federal Trade Commission regarding Google's Search practices in the matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163*. 2013. p. 3. ("the Commission considered whether this conduct could have diminished the incentive of Google's rivals to invest in bringing new and innovative content and services (...) Chairman Leibowitz, Commissioner Brill and Commissioner Ramirez found the record evidence to support strong concerns about Google's conduct in this regard").

¹³⁰⁰ Vide item 3.1 do Capítulo 4.

contrapartida, sob a ótica da apropriabilidade, a prática restringe a capacidade de as empresas concorrentes captarem os benefícios da inovação, o que, portanto, diminui os incentivos à inovação no do mercado.

De fato, se uma plataforma dominante explora indevidamente o valor econômico de uma informação produzida por um concorrente, a decorrência é um comprometimento total dos incentivos à inovação no mercado: nem o agente dominante terá incentivo de investir em atividades de P&D, tendo em vista que poderá se apropriar dos benefícios da inovação sem ter de incorrer em custos, nem os rivais terão incentivos para continuar suas atividades inovadoras, dado que não usufruirão plenamente dos ganhos econômicos dessa inovação¹³⁰¹.

Sob o aspecto da definição de mercado relevante, mesmo que essa fase não seja determinante, entendemos que a conduta discutida tem o potencial de impedir a inovação no próprio mercado relevante em que atuam o agente que pratica a conduta e os seus respectivos rivais, qual seja, o mercado de comparadores de preço no contexto investigado no Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03.

Como ressaltado no Capítulo 5, a concorrência dinâmica entre plataformas digitais pode ser apreendida a partir da concorrência entre os produtos e serviços existentes submetidos a alto grau de diferenciação ou a pressões de concorrência potencial¹³⁰². Embora a atuação verticalizada da plataforma no âmbito de mercados adjacentes possa ser uma maneira de materialização da conduta, o que define o seu potencial de ilicitude são os seus efeitos horizontais sobre a disputa por inovação no mercado relevante atual.

Alguns exemplos podem ajudar a compreender essa restrição da concorrência por inovação sob tal perspectiva horizontal. No caso dos mercados de buscas *online*, sejam de buscas genéricas ou de buscas temáticas, os *players* não concorrem diretamente no fator preço, porém disputam, em dimensões de qualidade e inovação, pela relevância dos resultados de buscas especializadas.

Como reconhecido pelo próprio CADE, sobretudo as avaliações feitas pelos usuários "podem ser classificadas como ativos concorrencialmente relevantes, uma vez que agregam valor ao serviço ofertado e uma maior utilidade aos usuários"¹³⁰³. Assim, ao empregar indevidamente os

¹³⁰¹ SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1700, 2013; e VESALA, J. Protecting innovation from unfair practices. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. pp. 65–66; e MAŁOBEĆKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019. p. 265.

¹³⁰² Isso não quer dizer que a conduta não possa ter por efeito a restrição de inovações que dão origem a novos produtos e serviços no longo prazo. Contudo, dado que as definições de mercados relevantes não devem ser apreendidas de maneira estaque, essas consequências podem eventualmente ser examinadas a partir do prisma da concorrência potencial.

¹³⁰³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Farani (SEI nº 0632620). 2019. § 91.

reviews e *rankings* de páginas como o *Buscapé*, *Zoom* ou *Bondfaro*, o *Google Shopping* pode ter restringido diretamente a disputa pelo desenvolvimento de conteúdos e serviços inovadores nesse mercado. Trata-se de uma restrição horizontal da concorrência em um fator não relacionado a preço.

Aplicando à conduta as presunções fixadas no item 2.1 deste Capítulo, podemos compreender que a prática investigada é presumidamente atentatória à inovação por violar a presunção de ilicitude nº 3¹³⁰⁴. Como dito, a apropriação de conteúdo de terceiros reduz a possibilidade de os rivais se apropriarem dos lucros de suas inovações, seja em um mercado atual, seja em um mercado adjacente. Assim, do ponto de vista dos *standards* de comprovação de efeitos abordados no item 2.4, é possível compreender que a conduta é *prima facie* ilegal, posto que não há espaço de alegação de eficiência relacionada à inovação.

Assim, estabelecidas essas premissas, concluímos parcialmente que o CADE não implementou uma análise de conduta unilateral com foco em inovação no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, seja porque entendeu que não havia elementos de materialidade da conduta, seja porque não levantou a hipótese de ela poder ser acessada partir de uma teoria do dano de concorrência dinâmica.

3.2. Impedimentos ao uso de múltiplas plataformas

A segunda categoria de abuso de posição dominante em mercados digitais discutida nesta tese refere-se à prática de impedimento ao uso de múltiplas plataformas ou, ainda, restrição ao *multi-homing*¹³⁰⁵. Embora essas práticas também sejam tratadas como restrições à interoperabilidade, convencionamos, para fins didáticos, que esta última expressão assume contornos fáticos próprios. Pois, enquanto o uso de múltiplas plataformas ou *multi-homing* corresponde à possibilidade de o próprio usuário acessar simultaneamente mais de um serviço, a interoperabilidade, por sua vez, é um aspecto técnico que diz respeito à compatibilidade tecnológica entre dois ou mais sistemas, o qual permite que os seus usuários processem informações entre eles¹³⁰⁶.

O impedimento ao uso de múltiplas plataformas ou restrição ao *multi-homing* se configura quando uma plataforma detentora de posição dominante impõe dificuldades para que os consumidores transacionem, de forma simultânea, com a plataforma dominante e outras plataformas

¹³⁰⁴ *Presunção de ilicitude nº 3*: é presumidamente ilícita a conduta praticada pelo agente dominante que, de qualquer forma, reduz a possibilidade de os rivais se apropriarem dos lucros de suas inovações, seja em um mercado atual, seja em um mercado adjacente ou futuro.

¹³⁰⁵ NAZZINI, R. Google and the (ever-stretching) boundaries of article 102 TFUE. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 6, n. 5, p. 2, 2015; BANIA, K. The role of consumer data in the enforcement of EU competition law. *European Competition Journal*, v. 14, n. 1, p. 57, 2018.

¹³⁰⁶ HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, p. 1952, 2021.

concorrentes. Nos mercados digitais, tais impedimentos comumente se concretizam por meio de restrições contratuais ou mesmo técnicas à portabilidade de dados de uma plataforma para a outra¹³⁰⁷.

As restrições ao *multi-homing* passaram a ser debatidas na comunidade antitruste principalmente a partir da abertura da investigação contra o *Google* pela FTC em 2010. À época, uma das condutas do *Google* apurada pela agência envolvia a imposição de restrições à portabilidade de dados utilizados nas campanhas publicitárias impulsionadas na sua plataforma do *AdWords*¹³⁰⁸. De forma mais específica, alegava-se que os termos e as condições de licenciamento do *Application Programming Interfaces* (API) do *AdWords* limitavam a concorrência no mercado de anúncios *online*, uma vez que impediam que desenvolvedores de *softwares* independentes oferecessem ferramentas que pudessem facilitar o gerenciamento de múltiplas campanhas publicitárias simultaneamente no *AdWords* e em outras plataformas concorrentes, como o *Bing* ou o *Yahoo*¹³⁰⁹.

A partir da leitura do memorando do *Bureau of Competition* da FTC vazado na imprensa em 2021, verifica-se que a área técnica da agência concluiu que essas restrições violavam a seção 2 do Sherman Act, haja vista que (i) limitavam a capacidade de os anunciantes fazerem o uso de seus próprios dados e (ii) comprometiam a inovação ao aumentar os custos de transação entre anunciantes e empresas terceirizadas¹³¹⁰. De toda sorte, a FTC considerou que essas preocupações teriam sido atendidas pela proposta de acordo apresentada pelo *Google* em 2013, pelo qual a empresa se comprometeu a deixar de aplicar as cláusulas contratuais que impediam os clientes do *application programming interfaces* do *AdWords* de desenvolver ferramentas de gerenciamento de múltiplas campanhas¹³¹¹. Na União Europeia, embora a Comissão tenha demonstrado preocupações

¹³⁰⁷ Nesse sentido, cf. FURMAN, J. *et. al.* *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. Pp. 36–37 (destaca as múltiplas formas de restrição à portabilidade de dados); RUBINFELD, D. L.; GAL, M. S. Access barriers to big data. *Arizona Law Review*, v. 59, n. 1, p. 366, 2017 (aborda as restrições à portabilidade como barreiras tecnológicas ou comportamentais); e OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 38.

¹³⁰⁸ GILBERT, R. J. U.S. Federal Trade Commission Investigation of Google Search (2013). *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 2, 2017.

¹³⁰⁹ GILBERT, Richard J. U.S. Federal Trade Commission Investigation of Google Search (2013). *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 3, 2017 ("the restriction prevented an advertiser from using software that was developed or used by a third party (but not the advertiser itself) to 'multi-home' by comingling data and porting its software to manage ad campaigns for Google and also for other search engines, such as Bing or Yahoo!").

¹³¹⁰ EUA. FTC. Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal. [s.l.: s.n.], 2012. p. iii. ("these restrictions should be condemned under Section 2 because they limit the ability of advertisers to make use of their own data, and as such, have induced innovation and increased transaction costs among advertisers and third-party businesses, and also degraded the quality of Google's rivals in search and search advertising. Google's proffered efficiency justification for these restrictions appears to be pretextual").

¹³¹¹ Vide: *item II - Adwords API terms and conditions* (EUA. FTC. Commitments letter from Google Inc. to Chairman Leibowitz. *Google Inc., File No. 111-0163*, 2012.).

com a prática, não foi instaurada nenhuma investigação específica envolvendo as restrições no *application programming interfaces* do *AdWords*¹³¹².

Da mesma forma como ocorreu com as investigações relacionadas à prática de apropriação de conteúdo de terceiros, o CADE abriu uma investigação específica para apurar as restrições de *multi-homing* no *application programming interfaces* do *AdWords*, autuada sob o Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19¹³¹³. Os principais riscos anticoncorrenciais suscitados na investigação diziam respeito (i) à impossibilidade de outros concorrentes terem acesso à forma de monetização no mercado de buscas patrocinadas e (ii) à imposição ou não de preços abusivos a anunciantes¹³¹⁴.

O Tribunal do CADE examinou as cláusulas vigentes no contrato de licenciamento do *application programming interfaces* do *AdWords* adaptadas após o acordo firmado com a FTC e concluiu que as condições contratuais vigentes não apresentariam natureza "propriamente anticoncorrencial"¹³¹⁵, que as restrições impostas seriam justificadas¹³¹⁶ e representariam simples "competição pelo mérito"¹³¹⁷.

Partindo dessa contextualização, importa-nos discutir, no âmbito do direito concorrencial brasileiro, como a conduta poderia constituir um abuso de posição dominante e, principalmente, se e como o CADE poderia ter examinado essa prática a partir das preocupações relacionadas à inovação no citado Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Nesse caso, embora mais uma vez a investigação tenha sido arquivada por ausência de materialidade da conduta, parece-nos que, aqui, o CADE suscita uma análise de eficiências, ao referenciar, mesmo que de forma genérica, que as restrições ao *multi-homing* previstas nas cláusulas remanescentes dos contratos de licenciamento do *application programming interfaces* do *AdWords* seriam "justificadas"¹³¹⁸.

No plano legal, a imposição de restrições ao uso de múltiplas plataformas pode caracterizar infração à ordem econômica, amoldando-se aos exemplos previstos no rol não taxativo do art. 36, §

¹³¹² MÄIHÄNIEMI, B. *Competition law and big data: imposing access to information in digital markets*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 178.

¹³¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19.

¹³¹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 75.

¹³¹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 207.

¹³¹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123.

¹³¹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 215.

¹³¹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123.

3º, incisos III e IV, da Lei nº 12.529, de 2011¹³¹⁹. Embora a adoção de cláusulas contratuais que vedam em absoluto o uso de plataformas concorrentes não seja prática comum na maioria dos mercados digitais, é possível que as plataformas dominantes restrinjam o *multi-homing* adotando comportamentos indiretos, tais como a implementação de barreiras tecnológicas à livre transferência de dados de uma plataforma para a outra, a vinculação do uso de dados a serviços complementares no ecossistema da plataforma ou, ainda, a conferência benefícios aos usuários que adotam o comportamento *single-homing*.

A estratégia comercial em questão guarda bastante similaridade com outras práticas unilaterais tradicionalmente investigadas pelas autoridades antitruste, como os contratos de exclusividade¹³²⁰, a fidelização de clientes¹³²¹ ou mesmo a recusa de contratar¹³²². Nesse aspecto, seria natural endereçar a racionalidade econômica dessa conduta sob a ótica das teorias do dano de restrições verticais de fechamento de mercado (*market foreclosure*) ou o aumento de custos de rivais (*raising rival costs*).

Há, todavia, particularidades importantes do modelo de plataformas que modificam ou, pelo menos, intensificam a lógica econômica exclusionária presente. Quando tais restrições são impostas por agentes dominantes, é possível que o comportamento habitual dos consumidores no mercado deixe de ser o uso de múltiplas plataformas (*multi-homing*) e passe a se concentrar no uso de apenas uma plataforma (*single-homing*). Essa mudança pode aumentar sensivelmente os riscos de aprisionamento do mercado (*tipping*), na medida em que o *multi-homing* é o principal fator que mitiga a força dos efeitos de rede¹³²³.

A demonstração da detenção de posição dominante também é condição necessária da infração. No caso investigado pelo CADE, a autarquia definiu o mercado relevante de buscas patrocinadas, embora o voto-relator tenha feito a ressalva de que talvez essa definição não fosse a mais adequada, por eventualmente desconsiderar a pressão competitiva imposta por outras formas de publicidade *online*¹³²⁴.

¹³¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36: "III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado. IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;".

¹³²⁰ OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 38.

¹³²¹ KATZ, M. L. Exclusionary conduct in multi-sided markets. In: OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018. pp. 101–130; pp. 114–115.

¹³²² MÄIHÄNIEMI, B. *Competition law and big data: imposing access to information in digital markets*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 184; e KATZ, M. L. Multisided platforms, big data, and a little antitrust policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, p. 702, 2019.

¹³²³ HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, pp. 1976–1977, 2021; e SCHWEITZER, H. *et. al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17*, pp. 59–60, 2018.

¹³²⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 83.

Do ponto de vista dos possíveis danos resultantes da prática, o Tribunal entendeu que os efeitos das restrições ao *multi-homing* se relacionariam "(i) à possibilidade ou impossibilidade de outros concorrentes também terem acesso à forma de monetização no mercado de buscas patrocinadas, qual seja, a venda de anúncios; (ii) à imposição ou não de preços abusivos a anunciantes, ou a qualquer outra conduta que os impedissem de veicular propagandas em diversas plataformas"¹³²⁵. Considerando que, nesta pesquisa, estamos tratando apenas das condutas unilaterais sob a perspectiva de exclusão, a alegação de preços abusivos será por nós desconsiderada.

Da leitura do voto-relator no Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19, não é possível ter clareza sobre qual teoria do dano de exclusão foi considerada. O mencionado voto cingiu-se a dizer que seria necessário "perquirir se houve alguma prática abusiva por parte da representada"¹³²⁶. Em outra passagem, considerou-se que o fato de ser possível tecnicamente que terceiros criassem *softwares* de otimização que viabilizariam o gerenciamento simultâneo de campanhas publicitárias na plataforma do *AdWords* e em plataformas concorrentes – *e.g. AdBing* –, na visão do relator, "já seria suficiente para descaracterizar a alegação inicial da *Microsoft*"¹³²⁷. Ao nosso ver, essa afirmação sugere que a conduta só poderia ser ilícita se a mudança nos termos e nas condições do *application programming interfaces* do *AdWords* constituíssem uma espécie de *essential facility*, o que flerta com um teste jurídico que exige padrões mais rígidos de demonstração do dano, como o requisito da indispensabilidade definido na jurisprudência do direito europeu¹³²⁸.

De todo modo, para o que interessa ao nosso exercício, é legítimo indagar se a conduta de vedação ao uso de múltiplas plataformas atrai alguma das teorias do dano de concorrência dinâmica descritas no Capítulo 4. Entendemos que, abstraindo das discussões sobre demonstração da materialidade da conduta, a prática pode ser investigada sob alguns dos enfoques de, pelo menos, duas daquelas teorias do dano.

Em primeiro lugar, sob o enfoque da teoria do dano de restrições a oportunidades de disrupção, poder-se-ia cogitar que, ao dificultar o gerenciamento simultâneo de campanhas publicitárias veiculadas no *AdWords* e em plataformas concorrentes, o *Google* poderia estar impondo dificuldades para que as plataformas concorrentes acessassem consumidores *low-end* que ou tivessem interessados em veicular campanhas simultâneas a partir de apenas uma ferramenta de

¹³²⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 75.

¹³²⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 95.

¹³²⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 115.

¹³²⁸ Sobre o tema, cf. DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 74–115, 2020.

gerenciamento ou mesmo estivessem interessados em migrar as suas campanhas publicitárias para o *AdBing*. Nesse caso, poderíamos cogitar que a conduta do *Google* poderia "prejudicar as oportunidades de disrupção com o intuito de proteger sua dominância" (tradução livre)¹³²⁹.

O aprofundamento dessa teoria do dano, no entanto, exigiria que tivéssemos mais dados sobre o comportamento do mercado, em especial, sobre se as estratégias de plataformas concorrentes do *AdWords* têm algum potencial de endereçar consumidores *low-end*, por meio de cobranças de preços mais módicos pelos anúncios patrocinados. Diante da ausência desses dados na versão pública divulgada pelo CADE, não prosseguiremos nessa análise.

Uma segunda teoria do dano aplicável envolveria cogitar que o *Google* prejudicou as oportunidades de inovação por parte dos concorrentes ao restringir o acesso a ativos-chave de inovação, em especial os dados dos usuários finais que veiculam suas campanhas publicitárias naquele buscador. Consoante discutido nesta tese, essa teoria do dano não pode ser simplesmente equiparada a uma recusa de contratar, havendo argumentos significativos na literatura para se entender que os *thresholds* de imposição de acesso compulsório a ativos relevantes de inovação podem ser mais baixos do que aqueles tradicionalmente pensados para recusas de contratar em geral¹³³⁰.

A partir das teorias do dano, poderíamos avançar na investigação sobre quais presunções fixadas no item 2.1 deste Capítulo se aplicariam às práticas de impedimento ao uso de múltiplas plataformas. Ao nosso ver, essa categoria de abuso poderia atrair a incidência da presunção de ilicitude nº 1¹³³¹. Pois, na investigação em tela, há apenas um mercado relevante afetado pela prática – justamente o mercado relevante de buscas patrocinadas – como definido no voto-relator.

Tendo em vista que o *Google* detém posição dominante nesse mercado, a sua conduta pode ser reputada presumidamente ilícita se ela for capaz de reforçar essa sua posição dominante prévia. Nesse caso, a diminuição da rivalidade no mercado de buscas patrocinadas presumidamente implicará uma diminuição dos incentivos à inovação por parte tanto dos rivais quanto do próprio incumbente. Mesmo que essa presunção seja menos forte em relação a uma eventual inovação sustentável, ela é forte quanto às inovações drásticas.

Partindo dessa presunção, o padrão probatório a ser utilizado seria o da avaliação de mudanças na estrutura de mercado. Se comprovado, por exemplo, que a prática aumentou a participação de mercado do *Google*, que, no período anterior à conduta, era de 90%, poderíamos

¹³²⁹ STREEL, A.; LAROCHE, P. Disruptive innovation and competition policy enforcement. *OECD Working Paper DAF/COMP/GF*, p. 7, 2015.

¹³³⁰ Vide item 3.2.3. do Capítulo 4.

¹³³¹ *Presunção de ilicitude nº 1*: é presumidamente ilícita a conduta de agente econômico que, de qualquer forma, cria ou reforça a sua posição dominante prévia em um mercado relevante atual.

presumir que os incentivos à inovação foram negativamente afetados no mercado. A ausência de informações sobre a evolução das participações de mercado no período da conduta, no entanto, impede que avancemos nessa avaliação.

Por fim, quanto à possibilidade de apresentação de justificativas, diferentemente do que se passa em relação à conduta de apropriação de conteúdo de terceiros, entendemos que o padrão probatório aplicável à conduta de vedação ao *multi-homing* deve estar mais aberto a defesas. Repisando as considerações feitas no item 2.2, entendemos que o *Google* poderia demonstrar que os termos e as condições de uso do *application programming interfaces* do *AdWords* eram inevitáveis para manter o funcionamento da plataforma e alguma qualidade do serviço.

Em conformidade com o que foi mencionado, esse tipo de análise foi feito no voto-relator de forma, ao nosso ver, meramente superficial¹³³². Nesse sentido, o voto-relator observou que, de acordo com o alegado pelo *Google* no processo, os termos de condições do *application programming interfaces* do *AdWords* teriam por finalidade combater aquilo que se chama de problema do mínimo denominador comum. Segundo a representada, se o *AdWords* utilizasse campos que inserção das informações para as campanhas publicitárias que permitissem o simples "copia" e "cola", poderia haver "um incentivo dos *softwares* de nivelar por baixo, ou padronizar seus campos de entrada de dados de maneira a refletir apenas aqueles campos comuns a todas as plataformas, deixando de evidenciar, portanto, as diferenças e supostas vantagens de uma plataforma sobre a outra"¹³³³.

A partir da apreciação desse argumento de defesa, o voto-relator argumentou que, se as condições de uso do *AdWords* praticadas não estivessem vigentes "ter-se-ia um desincentivo à inovação, com possíveis reflexos negativos à própria geração de eficiências pelas plataformas de anúncios"¹³³⁴.

Essa passagem demonstra uma abertura à recepção de argumentos de defesa relacionados à inovação. Em especial, a justificativa apresentada poderia ser enquadrada na percepção de que a prática era necessária para manter os incentivos à apropriabilidade. Todavia, o CADE acabou não se aprofundando nesse tipo de análise.

Temos dúvidas, porém, sobre se as alegações oferecidas pela representada realmente satisfazem um ônus argumentativo mínimo de justificativa qual fixamos no item 2.2 deste Capítulo. Para serem específicas, ter-se-ia que demonstrar como cada uma das cláusulas do termo de

¹³³² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123 - § 125.

¹³³³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123.

¹³³⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 125.

condições de uso do *AdWords* teria o condão de aumentar as chances de apropriabilidade. Novamente, porém, não nos parece ser possível continuar nessa avaliação a partir das informações disponíveis nas versões públicas dos votos.

3.3. Inovação anticompetitiva

A terceira categoria de conduta anticompetitiva examinada nesta tese pode ser enquadrada nas etiquetas de "inovação anticompetitiva"¹³³⁵, "inovação predatória"¹³³⁶, ou "mudança anticompetitiva de *design* de produtos"¹³³⁷. Pelos motivos que serão expostos em seguida, será adotada a primeira dessas terminologias.

As preocupações com essas estratégias anticompetitivas partem do pressuposto de um agente econômico poder prejudicar a concorrência ao introduzir no mercado novos produtos ou mudanças relevantes nos produtos existentes¹³³⁸.

O debate sobre se uma empresa poderia violar a legislação antitruste ao introduzir uma inovação se iniciou no direito norte-americano nas décadas de 1960 e 1970¹³³⁹. Nos casos *IBM*¹³⁴⁰ e *Kodak*¹³⁴¹, essas empresas, que eram líderes nos seus respectivos mercados de sistemas de computador e fabricação de máquinas fotográficas, foram acusadas de lançar produtos novos – como *CPUs* e câmeras fotográficas – que empregavam padrões técnicos incompatíveis com aqueles utilizados em produtos periféricos – *e.g.* fitas, discos, impressoras e filmes fotográficos – fabricados por produtores independentes.

¹³³⁵ GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 47–77, 2007 (utiliza-se a expressão para se referir, genericamente, a alegações de que características de produtos existentes geraram incompatibilidade com produtos complementares); e AUDRETSCH, D. B.; BAUMOL, W. J.; BURKE, A. E. Competition policy in dynamic markets. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 5, p. 631, 2001.

¹³³⁶ SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, p. 22, 2018 (propõe o enquadramento das inovações predatórias como uma categoria jurídica autônoma, assim entendidas como "*the alteration of one or more technical elements of a product to limit or eliminate competition*"); JACOBSON, J.; SHER, S.; HOLMAN, E. Predatory innovation: an analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the context of section 2 jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1, 2010 ("*where a product redesign is meant to impede competition, entrench a dominant firm's position in the market, or artificially change the structure of the market so as to make it more difficult for new entrants to succeed*"); e SIDAK, J. G. Debunking predatory innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 1, pp. 1121–1149, 1983.

¹³³⁷ HOVENKAMP, H. Antitrust and the design of production. *Cornell Law Review*, v. 103, n. 5, p. 1157, 2018 ("*firms redesign their production in order to increase or preserve their market share in the face of changing competition or consumer taste, both of which are often driven by changes in technology*"); e NEWMAN, J. M. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 4, n. 2, p. 683, 2013 ("*a firm, dominant in one product market, designed a new version of that product so as to maximize interoperability with its own complementary product(s), essentially requiring customers to buy the two together*").

¹³³⁸ AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978. p. 776a. ("*a dominant firm may alter its product to the detriment of smaller rivals, particularly those making complementary product*").

¹³³⁹ SIDAK, J. G. Debunking predatory innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 1, pp. 1121–1122, 1983.

¹³⁴⁰ EUA. CORTE SUPERIOR DO NOVO CIRCUITO. *California Computer Prods. V. IBM (CalComp)*, 613 F.2d 727.

¹³⁴¹ EUA. CORTE SUPERIOR DO SEGUNDO DISTRITO. *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 287. 1979.

Nesses primeiros casos, os Tribunais norte-americanos demonstraram uma notável preocupação com os riscos de a intervenção antitruste restringir os incentivos dos agentes dominantes a inovar¹³⁴². Isso levou as Cortes a adotarem testes jurídicos que se preocupavam mais em examinar a natureza e a funcionalidade da inovação do que propriamente os seus efeitos negativos sobre a concorrência. Nessa etapa inicial da jurisprudência, assentou-se que, mesmo que uma inovação pudesse violar a seção 2 do *Sherman Act*, a conduta somente seria considerada ilícita se o réu demonstrasse que o produto da inovação seria minimamente superior ao que o antecedeu e o seu *design* fosse percebido como de maior qualidade¹³⁴³. Esse regime inicial, portanto, aproximava-se de uma regra *per se* de licitude¹³⁴⁴.

Nos anos 1990 e 2000, as discussões em torno do tema voltaram a ganhar projeção nos casos que envolviam a *Microsoft* e a *Intel*, abordados no Capítulo 3¹³⁴⁵. Partindo desses precedentes, a literatura contemporânea majoritariamente passou a considerar que as acusações de inovações anticompetitivas devem ser analisadas sob teorias do dano de venda casada (*technological tying*), de fechamento de mercado (*market foreclosure*) ou de alavancagem anticompetitiva (*leverage*)¹³⁴⁶.

Considerando essa forma de tratamento pelas autoridades antitruste, entendemos recomendável evitar a expressão "inovação predatória", até mesmo porque os mecanismos tradicionais de predação envolvem uma lógica de compensação de perdas de curto prazo bastante distinta das racionalidades econômicas de venda casada, fechamento de mercado ou alavancagem.

Do ponto de vista conceitual, há algumas dificuldades aparentes em se delimitar o que seria uma inovação anticompetitiva. Isso se deve, em primeiro lugar, à própria natureza incerta e aberta do conceito de inovação, comumente empregado, de forma bastante ampla, para designar quaisquer produtos ou processos produtivos novos ou simplesmente melhorados. Em segundo lugar, a ideia de uma inovação em si poder ser objeto de preocupação antitruste enseja um contrassenso ao menos aparente, dada a histórica compreensão de que novos produtos e serviços geram eficiências dinâmicas que o antitruste deve proteger¹³⁴⁷.

¹³⁴² NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, p. 716, 2012.

¹³⁴³ DEVLIN, A.; JACOBS, M. Anticompetitive innovation and the quality of invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, pp. 11–12, 2012; e AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978. p. 776 (ressalta-se o critério utilizado no caso *Berkey Photo*: "unconstrained consumer acceptance means that the particular innovation is desirable and establishes product superiority").

¹³⁴⁴ SIDAK, J. G. Debunking predatory innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 1, p. 1122, 1983.

¹³⁴⁵ Vide item 1 do Capítulo 3.

¹³⁴⁶ HOVENKAMP, H. Antitrust and the design of production. *Cornell Law Review*, v. 103, n. 5, p. 1194, 2018.

¹³⁴⁷ DEVLIN, A.; JACOBS, M. Anticompetitive innovation and the quality of invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, pp. 8–9.

Examinando a literatura correlata, compreendemos que há duas formas possíveis de enxergar a violação antitruste. De um lado, alguns autores entendem que as inovações anticompetitivas seriam, a rigor, uma não inovação, ou seja, a lei antitruste deveria punir estratégias comerciais que se valem de uma mudança técnica superficial ou mínima no *design* de um produto para esconder o seu real objetivo de excluir rivais¹³⁴⁸. Por trás dessa definição, portanto, há uma ideia de que aquilo introduzido de "novo" no produto não passa de um mero artifício ou engodo.

Por outro lado, há autores que compreendem que as inovações anticompetitivas são inovações legítimas, no entanto, os seus benefícios econômicos pró-competitivos devem ser sopesados *vis a vis* os seus efeitos de exclusão¹³⁴⁹. Haveria aqui, portanto, uma lógica de balanceamento que deveria ser aplicada à inovação como um todo, ponderando-se qual seria o seu efeito líquido.

Ao nosso ver, essas duas abordagens confundem a identificação da categoria jurídica com a discussão sobre qual teste jurídico seria aplicável às alegações de inovações anticompetitivas. Ao se afirmar que somente serão consideradas ilícitas as inovações "artificiais" ou "enganosas", a autoridade antitruste pode chegar à conclusão se há ou não um elemento de artificialidade de diversas maneiras, como por meio de um teste de *sham*¹³⁵⁰. Por outro lado, é possível que se compreenda que mesmo uma inovação legítima tem efeitos ambíguos sobre o excedente do consumidor, o que demandaria algum teste de balanceamento¹³⁵¹.

Assim, por ora, apenas para fins de estabilização da categoria jurídica, define-se que a inovação anticompetitiva se configura quando, ao introduzir um novo produto ou serviço em determinado mercado, o agente dominante consegue, a partir da exploração econômica da própria inovação, prejudicar ou limitar a concorrência sem gerar eficiências compensadoras.

Esse prejuízo à concorrência ocorre quando o agente dominante, ao lançar a sua inovação, cria dificuldades para o desenvolvimento de empresas concorrentes ou mesmo de fornecedores (art. 36, *caput*, inciso VI, da Lei nº 12.529, de 2011). As limitações geradas pela inovação ao processo

¹³⁴⁸ Nesse sentido, cf. SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, p. 22, 2018 ("predatory innovation describes all practices that, under the guise of real innovations, are anticompetitive strategies aimed at eliminating competition without benefiting consumers").

¹³⁴⁹ Essa parece ser a opinião majoritária, cf. ORDOVER, J. A.; WILLIG, R. D. An economic definition of predation: pricing and product innovation. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 1, p. 8, 1981 ("even genuine innovations-new products that in some ways are superior to existing products in the eyes of both engineers and consumers-are in some circumstances anticompetitive"). No mesmo sentido, cf. HOVENKAMP, H. Antitrust and the design of production. *Cornell Law Review*, v. 103, n. 5, pp. 1155–1209, 2018; e JACOBSON, J.; SHER, S.; HOLMAN, E. Predatory innovation: an analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the Context of section 2 Jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1, 2010.

¹³⁵⁰ GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 61–62, 2007 ("If innovation always makes economic sense, then the no economic sense test is similar to a test of whether the innovation is a sham").

¹³⁵¹ SCHREPEL, T. The "enhanced no economic sense" test: experimenting with predatory innovation. *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, v. 7, n. 2, pp. 57–58, 2018.

competitivo, é claro, não se confundem com uma mera conquista natural de mercado do agente dominante fundada em uma concorrência pelo mérito (art. 36, § 2º, da Lei nº 12.529, de 2011).

Para os fins desta tese, porém, é importante considerar que o debate histórico sobre inovações anticompetitivas como ilícitos tem sido revisitado de forma profunda no contexto da economia digital. Diversos autores contemporâneos têm sustentado que as plataformas digitais podem prejudicar a concorrência ao realizarem mudanças nos códigos de *softwares* dos seus produtos que impedem a atuação de desenvolvedores independentes de produtos ou serviços complementares¹³⁵².

Alguns exemplos nesse sentido seriam as mudanças nos códigos de *softwares* realizadas na última década em aplicativos e *hardwares* vendidos pelas *big techs*, tais como (i) a decisão da *Apple*, no lançamento de uma atualização de *software* do *iTunes Music Store*, de proibir a reprodução de arquivos de áudios não protegidos por *softwares* de gerenciamento de direitos digitais de terceiros¹³⁵³; (ii) a decisão do *Google*, em 2010, de impedir a exportação automática de dados de usuários para o *Facebook*; e (iii) a atitude do *Facebook*, em 2012, de, após adquirir o *Instagram*, impedir os seus usuários de postarem fotos no *Twitter*¹³⁵⁴.

A prática de inovações anticompetitivas como categoria normativa de ilícito antitruste assume especificidades marcantes no contexto de mercados digitais. Tais especificidades, ao nosso ver, fazem com que os pressupostos que devem ser adotados pelas autoridades antitruste para o tratamento dessa categoria de abuso de posição dominante sejam distintos daqueles tradicionalmente utilizados nas investigações envolvendo inovações em mercados de produtos "físicos". Essas diferenças se projetam sobre (i) os contornos de materialidade da conduta; (ii) os seus potenciais efeitos econômicos de exclusão; e, principalmente, (iii) os seus potenciais efeitos sobre os incentivos à inovação.

Do ponto de vista da materialidade da conduta, verifica-se que, nos casos clássicos de mudança anticompetitiva de *design* de produtos discutidos nas jurisdições estrangeiras – como nos precedentes *IBM* e *Kodak* –, a preocupação das autoridades antitruste dizia respeito mais propriamente às incompatibilidades de funcionamento introduzidas entre um produto principal ofertado pelo agente dominante e os produtos complementares. Tais incompatibilidades, por assim

¹³⁵² SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, p. 22, 2018 (define-se a inovação predatória como "*the modification of a technological platform and the technical design of a product—which are aimed at removing the compatibility of third party technologies with those of a dominant firm, or at impairing competing technologies operations*"); e NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, p. 683, 2012.

¹³⁵³ NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 697–703, 2012.

¹³⁵⁴ SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, pp. 51–52, 2018.

dizer "físicas", envolviam o uso de novos padrões de conexão de *hardwares*, como entradas e *plugs*. Elas prejudicavam ou inviabilizavam o uso conjunto de dois produtos pelo consumidor final.

Por outro lado, no contexto dos mercados digitais, existe uma ligeira diferença no núcleo da prática anticompetitiva. Para além de impedir o simples consumo simultâneo de dois ou mais bens complementares, as práticas de inovação anticompetitiva nos mercados digitais têm como foco principal limitar ou a eliminar a interoperabilidade entre *softwares* ou *hardwares*¹³⁵⁵. A interoperabilidade é um conceito mais amplo do que a compatibilidade. Ela envolve a capacidade técnica de dois ou mais *softwares* trocarem informações e processarem as informações intercambiadas, de forma que um mesmo *input*, em termos de informação, possa ser processado sob as mesmas condições técnicas por um *software* ou por outro¹³⁵⁶.

As restrições à interoperabilidade por meio de alterações de *design* das plataformas digitais podem ser levadas a partir de mudanças no código dos *softwares* que servem de base ao funcionamento do produto ou serviço digital¹³⁵⁷. Há diversas maneiras, tais como a partir (i) da redefinição da classificação das informações exibidas ao usuário; (ii) da fixação de opções *default*; (iii) da mudança dos sistemas de recomendação¹³⁵⁸; e, principalmente, (iv) das alterações dos termos e das condições de acesso aos *application programming interfaces* que definem os protocolos que permitem o acesso de terceiros aos dados controlados pela plataforma¹³⁵⁹.

A avaliação da racionalidade econômica da conduta de exclusão no caso de invocações anticompetitivas em plataformas digitais tende a ser muito distinta daquela feita nos setores tradicionais. Em primeiro lugar, o custo de redesenhar os códigos dos *softwares* e redistribuir as suas novas versões no mercado tende a ser bastante inferior nos mercados digitais, o que reforça o incentivo do agente dominante em fazê-lo¹³⁶⁰. Considerando que os referidos redesenhos podem

¹³⁵⁵ COLOMO, P. I. Product design and business models in EU antitrust law. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 10, 2021 ("in digital markets, this second scenario [product design modifications] tends to be assessed through the lenses of the concept of interoperability"); e NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, p. 684, 2012 ("[in the 'New Economy'] the focus is on the destruction of interoperability between a dominant firm's products and those of its rivals").

¹³⁵⁶ OCDE. *The digital economy*. Paris: OECD Publishing, 2012. p. 11 ("interoperability relates to the interconnection and interaction between elements of software and hardware"); e HOVENKAMP, H. Antitrust and the movement of technology. *George Mason Law Review*, v. 19, n. 5, p. 1123, 2012 (explica que, para haver interoperabilidade, "products must be designed in such a way that they can interconnect with one another, or else they must be compatible with a common set of inputs").

¹³⁵⁷ ARSDALE, S. van; VENZKE, C. Predatory innovation in software markets. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 1, pp. 246–249, 2015.

¹³⁵⁸ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 61.

¹³⁵⁹ SHARMA, C. Concentrated digital markets, restrictive APIs, and the fight for internet interoperability. *The University of Memphis Law Review*, v. 50, n. 1, p. 445, 2019.

¹³⁶⁰ NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 705–707, 2012.

lançados a partir de simples atualizações automáticas dos *softwares*, o próprio custo de adesão do consumidor à nova versão tende a ser significativamente mais baixo¹³⁶¹.

Em segundo lugar, diferentemente do que ocorre nos mercados físicos em que as substituições de uma versão do produto requerem um tempo de acomodação maior, por meio das mudanças de *design* nos códigos de *softwares*, as plataformas digitais são capazes de descontinuar a oferta das versões anteriores do produto de forma imediata e permanente¹³⁶². Em muitos casos, isso pode impedir que o consumidor exerça sua escolha entre continuar usando uma versão anterior ou migrar para uma versão nova que eventualmente seja incompatível com os produtos complementares de terceiros.

Essas especificidades do meio digital demanda um refinamento da compreensão dos possíveis efeitos anticompetitivos dessa conduta sobre a inovação. Ao contrário do que ocorre nos casos tradicionais, os possíveis efeitos anticompetitivos da inovação anticompetitiva em mercados digitais não se limitam a um eventual fechamento de mercado ou a uma alavancagem anticompetitiva de um mercado para outro. Pois, conforme abordado no Capítulo 5¹³⁶³, a organização das plataformas digitais em ecossistemas digitais faz com que algumas delas acabem servindo como blocos de construção tecnológicos sobre os quais outros inovadores conseguem desenvolver produtos e serviços complementares¹³⁶⁴.

Assim, uma análise antitruste preocupada com a inovação deve investigar quais são as possíveis repercussões de uma eventual mudança nos códigos do *software* da plataforma sobre os incentivos à inovação nos mercados adjacentes. Essas repercussões tendem a ser ambíguas. De um lado, a implementação de poucos ou de nenhum requisito de interoperabilidade, ao tornar o ecossistema aberto, favorece a inovação por parte de terceiros independentes que desenvolvem produtos digitais complementares a partir da infraestrutura comum de *software* da plataforma¹³⁶⁵.

¹³⁶¹ NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 708–710, 2012.

¹³⁶² ARSDALE, S. van; VENZKE, C. Predatory innovation in software markets. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 1, p. 273, 2015 (destaca que essa eliminação das versões anteriores pode acontecer, por exemplo, quando as atualizações do produto substituem ou modificam a versão anterior e não são oferecidos suportes ou licenças simultâneas para as duas versões).

¹³⁶³ Vide item 3.2 do Capítulo 5.

¹³⁶⁴ WU, T. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 312, 2012 ("Platforms are critical to innovation because they vastly cheapen market entry for a large number of firms [the developers], creating ultra-low-cost market entry"); e EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016. p. 47.

¹³⁶⁵ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; CMA. *The economics of open and closed systems*. Londres: 2014. p. 16; e SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, pp. 39–40, 2018 ("most of the North American doctrine on predatory innovation advocates the pro-competitive aspect of open platforms, underlining that they allow a greater diversity of products").

De outro lado, porém, há possíveis eficiências integrativas¹³⁶⁶ associadas aos ecossistemas fechados, principalmente o afastamento dos riscos de efeito carona e a manutenção do nível de qualidade dos serviços¹³⁶⁷, fatores que podem interferir na análise de apropriabilidade.

A prática de inovação anticompetitiva, nos termos acima propostos, pode ser enquadrada, de alguma maneira, em duas das três teorias do dano de concorrência dinâmica discutidas no Capítulo 4. Quanto à aplicação dos princípios de contestabilidade e apropriabilidade, a conduta pode violar a lógica da contestabilidade, na medida em que a expectativa dos concorrentes de proteger as suas vendas atuais pode ser afetada pela introdução de um novo modelo de produto ou serviço por parte do agente dominante. Essa teoria do dano será especialmente aplicável quando a inovação anticompetitiva for introduzida no mesmo mercado relevante atual em que opera o concorrente que enfrentará dificuldades de comercializar os seus produtos após a modificação do *design* tecnológico operado pela empresa dominante.

Por outro lado, sob a perspectiva de restrição de acesso a recursos-chave de inovação, pode-se presumir que a inovação anticompetitiva, ao reduzir a interoperabilidade, elimina ou restringe o acesso de terceiros a *inputs* necessários ao processo inovador. Essa teoria do dano mostra-se especialmente aplicável no âmbito de mercados relevantes adjacentes de produtos e serviços complementares ao produto principal melhorado pela inovação.

Poderíamos pensar como exemplo o caso já referenciado do *Facebook*, que, em 2012, passou a impedir os usuários do *Instagram* de compartilharem as suas fotos no *Twitter*. Essa situação fática é compatível com a teoria do dano de que o *Instagram* pode ter restringido o acesso dos seus usuários ao *Twitter*, plataforma concorrente no mesmo mercado relevante atual de redes sociais. Em relação à teoria do dano de restrição às oportunidades de disrupção, a prática de inovação anticompetitiva pode ser utilizada para privar um agente econômico da capacidade de criar uma interface entre o seu produto e uma rede de valor existente.

Para os fins de exame das decisões do CADE selecionadas, verificamos que a conduta de inovação anticompetitiva foi tratada no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, em que se investigou a suposta prática de favorecimento da exibição dos resultados do buscador *Google Shopping* nos resultados de buscas universais do *Google*.

¹³⁶⁶ O conceito de eficiências integrativas é utilizado por Farrell e Weiser para descrever as eficiências que surgem da integração de agente econômico dominante em mercados complementares na internet. Dentre essas eficiências, os autores sugerem que a integração pode favorecer a inovação, ao tornar mais fácil a adaptação das interfaces, processo que seria lento se ocorresse a partir de padrões de interoperabilidade abertos ("*hand-in-glove coordination between the platform sponsor and one or more complementors can accelerate innovation*") (FARRELL, J.; WEISER, P. J. Modularity, vertical integration and open access policies towards a convergence of antitrust and regulation in the internet age. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, pp. 97–99, 2003).

¹³⁶⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; CMA. *The economics of open and closed systems*. Londres: 2014. pp. 27-28.

É importante notar, porém, que, nesse caso, as etiquetas ou os rótulos das condutas anticompetitivas investigadas foram empregadas de forma um pouco confusa, gerando algumas sobreposições. O voto-relator do Conselheiro Maurício Bandeira Maia implementou um roteiro de análise que dividiu as acusações feitas em relação ao *Google* nas seguintes categorias: (i) condutas exclusionárias, entendidas como bloqueio de acesso a um bem essencial, recusa de vendas, tratamento discriminatório, venda casada; (ii) inovação predatória; e (iii) posicionamento privilegiado¹³⁶⁸.

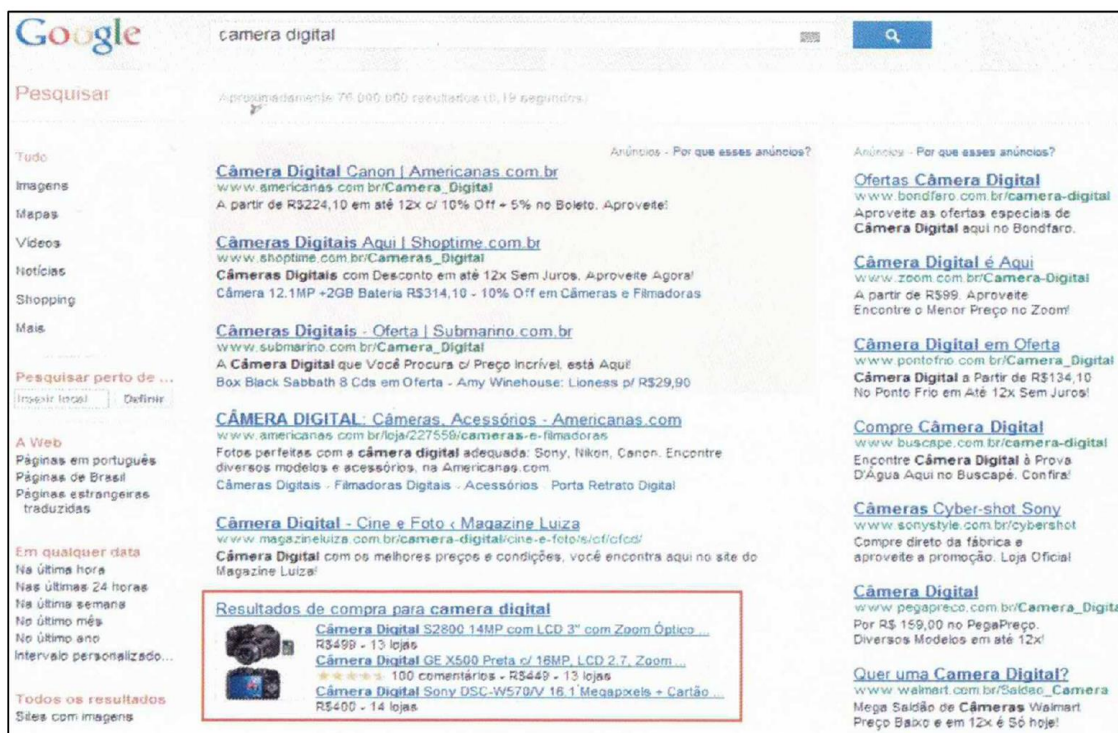
De certo modo, porém, tais acusações têm a mesma base fática, qual seja, o lançamento do *product listing ads*, *software* de exibição de resultados na página do *Google* implementado no Brasil em 2012.

O *product listing ads* corresponde a uma atualização do *universal search* ou *product universal*, ferramenta de exibição de resultados lançada pelo *Google* em 2008, que apresentava, na sua página de resultados gerais, uma área destinada a resultados temáticos de produtos com imagens, preços e *links* para *websites* de comerciantes em que os produtos poderiam ser adquiridos¹³⁶⁹. A imagem abaixo ilustra a forma de exibição dos resultados durante o período de funcionamento do *universal search*:

¹³⁶⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 177.

¹³⁶⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. p. 21.

Figura 18 – Exibição de resultados temáticos na página do Google com o *product universal*



Fonte: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. p. 23.

À época de sua introdução no Brasil, em 2011, o sistema do *universal search* ou *product universal* exibia resultados temáticos de produtos como um serviço gratuito a terceiros¹³⁷⁰. A rigor, na página de exibição de resultados gerais, o *Google* apenas cobrava dos anunciantes pelos resultados do *AdWords* que apareciam na parte superior e eram indicados explicitamente como resultados de busca patrocinada¹³⁷¹.

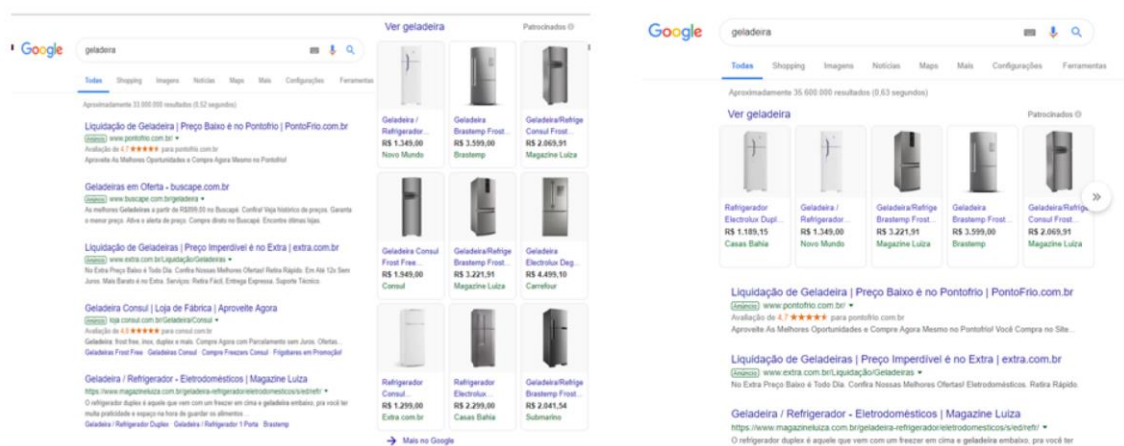
No ano seguinte, o *Google* procedeu a uma atualização do *universal search* no Brasil, que corresponde ao lançamento do *product listing ads*. Por meio dele, o *Google* utilizava informações fornecidas pelos varejistas – *e.g.* código identificador do produto, nome, descrição, preço etc.) para exibir ofertas de produtos com imagens e *links*, de forma parecida com aquela empregada no *universal search*. O *product listing ads* exibia as informações correspondentes aos resultados das buscas que pudessem dizer respeito a produtos na parte lateral ou na parte superior, dando maior destaque às imagens¹³⁷², tal como ilustra a figura abaixo:

¹³⁷⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. p. 22 ("Os resultados no *Product Universal* eram ranqueados para a exibição na SERP de acordo com sua relevância e utilidade perante a consulta feita pelo usuário").

¹³⁷¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. p. 23.

¹³⁷² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 57 - § 59.

Figura 19 – Exibição de resultados temáticos na página do Google com o *product universal*



Fonte: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 61.

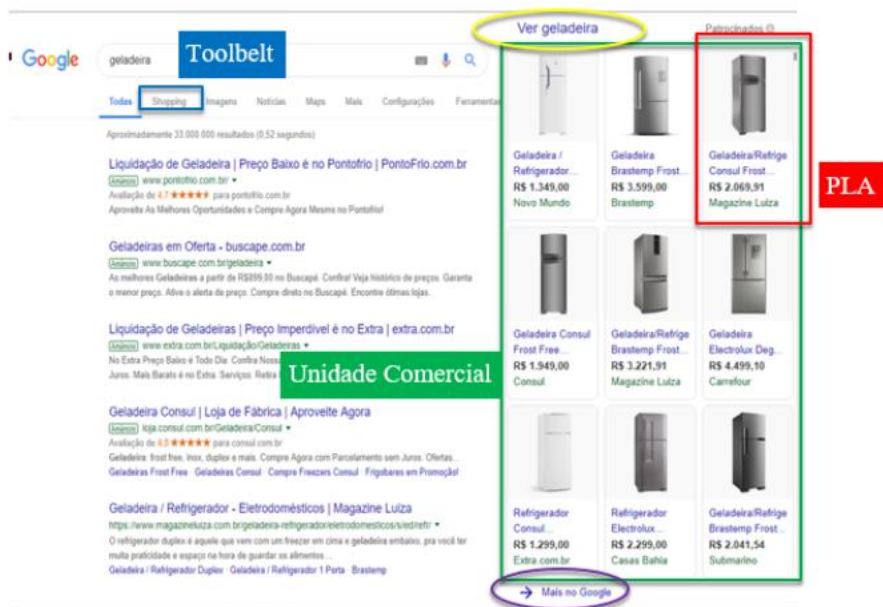
Diferentemente do que ocorria no *product universal*, nos *product listing ads*, os resultados de ofertas dos produtos eram "ranqueados" com base em dois critérios: (i) pagamento dos varejistas por cada clique (no modelo custo por clique), cujos valores eram definidos em um leilão de segundo preço; e (ii) desempenho da qualidade do anúncio veiculado, medido pelo sistema de *quality scores*¹³⁷³.

Além de ter implementado os critérios para exibição dos anúncios, o *product listing ads*, ao menos nas suas primeiras versões, inseriu dois *links* que redirecionavam os usuários para uma página do *Google Shopping* que continha os resultados referentes ao produto anteriormente pesquisado no *Google*. A figura a seguir ilustra o posicionamento desses *links*. Nessa figura, se o usuário clicasse nas fotos dos produtos, seria redirecionado para a página dos próprios varejistas (*Magazine Luiza*, *Carrefour* etc.) Por outro lado, se o usuário clicasse, por exemplo, no *link* "ver

¹³⁷³ Esses critérios de exibição são bem explicados na Nota Técnica do Departamento de Estudos Econômicos: "Assim, para ter um anúncio de texto colocado na página de busca do *Google*, o anunciante precisa participar do leilão AdWords e fazer lances para as diferentes palavras-chave que lhe interessam (ex.: 'iphone') ou para conjuntos dela (ex.: 'compra iphone 10'). Tomemos, por exemplo, o termo 'compra iphone 10'. Num leilão tradicional, ganharia o maior lance. Simplificadamente, no leilão *AdWords*, ganha aquele que obtiver a maior pontuação, considerando tanto o valor de seu lance (*CPC Bid*) quanto a qualidade de seu anúncio (medidos por *Quality Scores*). O lance equivale ao maior valor que o anunciante está disposto a pagar por um clique. O valor efetivo (*CPC efetivo*) que o anunciante paga, contudo, corresponde ao menor valor necessário para que ele ainda se mantenha à frente do seguinte colocado". BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI nº 0546890). p. 70.

geladeira" ou no link "mais no *Google*", seria exibida uma página do *Google Shopping* na qual seriam listados todos os resultados desse buscador vertical¹³⁷⁴.

Figura 20 – Exibição de resultados temáticos na página do *Google* com o *product listing ads*



Fonte: BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 61.

A partir da análise do *Product Listing Ads* (PLA), tanto a Superintendência-Geral quanto o Tribunal do CADE apreciaram se a introdução desse *software* configuraria a prática de inovação predatória. Consoante assentado no voto-relator, ao menos em tese, essa conduta estaria ligada "às alterações feitas pelo *Google* na forma de apresentação dos seus resultados de busca", na medida em que "essas inovações estariam prejudicando a propagação de neutralidade do mecanismo de busca do *Google*"¹³⁷⁵.

Algumas pistas importantes sobre a forma de tratamento dessa prática no direito concorrencial brasileiro podem ser extraídas da Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE e do voto-vencedor do caso.

Em relação à delimitação conceitual da infração à ordem econômica, parece-nos que o CADE encampou a compreensão de que essa conduta não diz respeito propriamente a uma falsa inovação ou a uma inovação enganosa como sugerido por parte da literatura, mas a uma inovação

¹³⁷⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. pp. 29-30.

¹³⁷⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 57 - § 59.

que, embora legítima, pode gerar efeitos ambíguos em termos de benefícios aos usuários. Tal posição fica evidente a partir das afirmações feitas na Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE, no sentido de que as inovações podem "prejudicar os usuários em alguns aspectos e beneficiá-los em outros"¹³⁷⁶. No mesmo sentido, o voto-relator ponderou que "o direito da concorrência se preocupa inclusive se a inovação é benéfica para a sociedade, o que frequentemente pode ser verificado mediante o estudo das eficiências para o consumidor"¹³⁷⁷.

Quanto à forma de manifestação dessa prática, a Superintendência-Geral do CADE destacou o fato de a prática inovação predatória gerar limitações de integração entre o produto da firma concorrente e o da plataforma dominante¹³⁷⁸. Essa ideia é bastante próxima àquela que defendemos acima, no sentido de a conduta ora investigada caracterizar-se por restrição ou impedimento de interoperabilidade entre plataformas digitais.

Há pouca clareza, porém, no teste jurídico que o CADE entende ser aplicável à conduta. Apesar de tratar a inovação predatória como uma prática anticompetitiva autônoma, a Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE sugeriu que essa conduta deveria ser avaliada sob os mesmos *standards* utilizados para a prática de recusa de venda¹³⁷⁹. No mesmo sentido, o voto-relator ponderou que a avaliação dos potenciais efeitos negativos da prática de inovação predatória no caso deveria ser realizada a partir das seguintes perguntas: "a) houve diminuição de tráfego originário da busca orgânica para os comparadores de preço? b) o CPC dos *AdWords* contratados pelos comparadores de preço aumentou? c) houve manipulação dos algoritmos?"¹³⁸⁰.

Essas passagens sugerem que o CADE teria considerado, para avaliação da prática de inovação anticompetitiva, a mesma análise de efeitos baseada na regra da razão que o Tribunal aplicou às demais acusações de (i) condutas exclusionárias, entendidas como bloqueio de acesso a um bem essencial, recusa de vendas, tratamento discriminatório, venda casada; e (ii) posicionamento privilegiado¹³⁸¹. Por uma questão didática, os resultados de tal análise serão abordados no tópico seguinte deste Capítulo, relativo à conduta de autopreferência.

¹³⁷⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. p. 76.

¹³⁷⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 339.

¹³⁷⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. P. 76.

¹³⁷⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 193.

¹³⁸⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 343.

¹³⁸¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 177.

De todo modo, para uma reflexão crítica da decisão do CADE, seria importante discutir mais a fundo qual seria o teste jurídico aplicável à conduta de inovação anticompetitiva no direito concorrencial brasileiro.

Uma opção interessante foi sugerida em importante parecer de lavra do professor Paulo Furquim de Azevedo juntado aos do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Nesse estudo, o autor sugere que a configuração do ilícito antitruste dependeria da comprovação de "a) que há efeito significativo da inovação (seja uma inovação relevante); b) que estes efeitos resultem em menor pressão competitiva para o contínuo esforço de inovação e redução de preços e c) que a redução da concorrência esteja associada, mesmo que dinamicamente, a uma perda de bem-estar do consumidor"¹³⁸². Ao nosso ver, o teste proposto pelo autor é mais sofisticado do que a simples análise feita pela regra da razão, na medida em que reúne elementos do próprio *no-economic sense test* e do teste de *sham*.

Todavia, tanto na análise desenvolvida pelo CADE quanto pelo parecerista, enfrentam-se notáveis impasses de mensuração desses efeitos. Consoante abordado nesta tese, há profundas dificuldades de em se medir o benefício gerado pela inovação, dado que os componentes das eficiências dinâmicas não se restringem à simples diminuição de custo e aumento da qualidade de produtos atuais¹³⁸³, que dificilmente poderiam ser superadas no caso *Google Shopping*, por exemplo, por uma simples análise de desvios de cliques.

Ao nosso ver, considerada a proximidade das condutas de inovação anticompetitiva e autopreferência no contexto dos mercados digitais, é relevante buscar teste jurídicos aplicáveis indistintamente a essas duas categorias. Esse ponto será discutido no item a seguir.

3.4. Autopreferência, alavancagem abusiva ou tratamento diferenciado

A maioria das investigações antitruste por condutas unilaterais instauradas em face de plataformas digitais nas jurisdições estrangeiras na última década envolvem acusações de que *big techs* como o *Google*, a *Amazon* e a *Apple* estariam violando as leis de defesa da concorrência ao adotarem estratégias que lhes permitiriam transferir ou alavancar a sua posição dominante de um mercado para outro dentro dos seus ecossistemas digitais¹³⁸⁴.

¹³⁸² AZEVEDO, P. F. de. *Parecer Econômico. Análise de Conduta do Google: inovação pró-competitiva ou ilícito antitruste.*, 2015, p. 9-10.

¹³⁸³ GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, p. 55, 2007 ("a total ROR test for innovation should account for spillover benefits and costs in the present and the future, is very complex to perform, and requires courts to assess the values of innovations, which they are not in a position to do").

¹³⁸⁴ ROBERTSON, V. H. S. E. Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy. *SSRN Electronic Journal*, pp. 14–16, 2020; e ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, p. 10; pp. 15–17, 2020. No

Esse raciocínio assumiu centralidade na decisão da Comissão Europeia no caso *Google Shopping*¹³⁸⁵. Em linhas gerais, a autoridade concluiu que o *Google* teria utilizado a sua posição dominante no mercado de buscas geral para "posicionar, de forma mais favorável, o seu próprio serviço de comparação de preço (*Google Shopping*) nas páginas de resultados gerais do *Google*" (tradução livre)¹³⁸⁶. Essa conduta foi tratada como uma forma de abuso de poder econômico que não se confundiria com uma mera recusa passiva de contratar¹³⁸⁷.

Para que a infração fosse configurada, entendeu-se que seria necessário demonstrar a existência de dois mercados relacionados, a detenção de posição dominante por parte do agente em um dos mercados e a existência de uma conduta pela qual a empresa dominante em um mercado trataria os seus produtos de forma mais favorável¹³⁸⁸.

A doutrina discutiu intensamente, antes e após a decisão da Comissão Europeia, se existiria no direito comunitário uma nova forma de abuso de posição dominante específica para os mercados digitais¹³⁸⁹. Diversas expressões foram propostas na literatura desde então para descrever esse

âmbito do direito norte-americano, cf. HANLEY, D. A. How self-preferencing can violate section 2 of the Sherman Act. *CPI Antitrust Chronicle June*, v. 1, n. 1, pp. 1–2, 2021.

¹³⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Caso AT.39740: Google Search (Shopping)*. Bruxelas: 2017.

¹³⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Caso AT.39740: Google Search (Shopping)*. Bruxelas: 2017. pp. 1–215. § 650 ("more favourable positioning and display by Google, in its general search results pages, of its own comparison shopping service compared to comparison shopping services").

¹³⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Caso AT.39740: Google Search (Shopping)*. Bruxelas: 2017. pp. 1–215. § 650 ("conduct does not concern a passive refusal by Google to give competing comparison shopping services access to a proportion of its general search results pages").

¹³⁸⁸ O raciocínio desenvolvido pela Comissão Europeia pode ser enquadrado de diferentes maneiras como condutas de recusa de acessar uma infraestrutura essencial, discriminação anticompetitiva ou, ainda, venda casada. Embora a decisão não tenha fincado de forma específica nenhuma das teorias do dano, desde o início das investigações, a doutrina tentava vincular a análise da conduta com teorias do dano tradicionais de abusos de exclusão. Nesse sentido, cf. AKMAN, P. The theory of abuse in Google Search: a positive and normative assessment under EU competition law. *Journal of Law, Technology & Policy*, v. 9, n. 2, pp. 301–374, 2017 (discute-se o caso a partir das categorias de recusa de fornecimento de infraestrutura essencial, discriminação vertical e venda casada); e LIANOS, I.; MOTCHENKOVA, E. Market dominance and search quality in the search engine market. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, pp. 433–441, 2013 (contempla os riscos de fechamento de mercado por meio de alavancagem de posição dominante).

¹³⁸⁹ VESTERDORF, B. Theories of self-preferencing and duty to deal: two sides of the same coin? *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 1, pp. 4–9, 2015 (defende que a alegação de que o *Google* violaria a lei antitruste ao privilegiar o seu comparador de preços não encontra respaldo na tradição jurisprudencial e que "any alleged 'favouring' by the dominant undertaking of its own services cannot be considered to be abusive for the purposes of Article 102"); PETIT, N. Theories of self-preferencing under article 102 TFEU: a reply to Vesterdorf. *Competition Law & Policy Debate 1 CLPD*, v. 1, pp. 1–18, 2014 (contrapondo-se ao primeiro texto, o autor defende ser possível extrair da tradição europeia uma proibição de autopreferência mesmo fora da caixa da teoria de *essential facilities*); e NAZZINI, R. Google and the (ever-stretching) boundaries of article 102 TFUE. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 6, n. 5, pp. 301–314, 2015 (sustenta que as acusações de favorecimento do comparador de preços do *Google* não seriam facilmente enquadradas nas categorias estabelecidas na jurisprudência para abuso de posição dominante e que a eventual criação de uma nova categoria demandaria uma explicação casuística da autoridade antitruste). Mais recentemente, após a prolação da decisão, cf. HOPNER, T. Duty to treat downstream rivals equally: (merely) a natural remedy to Google's monopoly leveraging abuse. *European Competition and Regulatory Law Review*, v. 1, n. 3, pp. 208–222, 2017 (sustenta que a conduta do *Google* violava uma regra geral de proibição de alavancagem de poder de mercado que poderia ser extraída dos casos de *bundling*, venda casada, compressão de margens e recusa de contratar); CARO, A. Leveraging market power online: the Google Shopping case. *Competition Law Journal*, v. 17, n. 1, pp. 49–56, 2018 (cogita as possíveis implicações da teoria de auto-preferência utilizada pela Comissão Europeia sobre as

suposto novo abuso de posição dominante, sendo as mais comuns as designações de "autopreferência"¹³⁹⁰, "alavancagem abusiva"¹³⁹¹ ou "tratamento diferenciado"¹³⁹².

No momento atual do debate acadêmico, parece-nos que essas denominações são utilizadas como um grande guarda-chuva que engloba diversas condutas abusivas heterogêneas – *e.g.* recusa de contratar, discriminação vertical e venda casada – cujo único ponto comum reside na possibilidade de transferência de posição dominante entre distintos mercados em um ecossistema digital. Por essa razão, para os fins desta tese, utilizaremos indistintamente a expressão "autopreferência".

A identificação desse rótulo, no entanto, diz muito pouco sobre o aspecto substantivo dessa modalidade de abuso. Não é por outro motivo que muitos autores têm criticado que a autopreferência não possui critérios claros de verificação¹³⁹³. Isso ocorre principalmente por que a decisão da Comissão Europeia não teria articulado de forma explícita qual teoria do dano foi empregada e qual teste jurídico foi utilizado para verificar a infração ao art. 102 do TFUE¹³⁹⁴.

Para os fins específicos desta tese, importa discutir como essa categoria de autopreferência se compatibiliza com o quadro analítico de abuso de posição dominante definido na Lei de Defesa da Concorrência e, mais especificamente, como ela pode ser examinada a partir das teorias do dano de concorrência dinâmica.

investigações em mercados digitais); e, mais recentemente, DE SOUSA, P. C. What shall we do about self-preferencing? *CPI Antitrust Chronicle*, n. 1, pp. 1–10, jun. 2020 (alega ser difícil estabelecer uma violação antitruste por autopreferência, dado que não existe um dever geral de não favorecer os produtos próprios e chama atenção para o fato de muitas soluções que têm sido pensadas para lidar com o problema da autopreferência hoje desbordam do campo antitruste e assumem uma natureza quase-regulatória).

¹³⁹⁰ COLOMO, P. I. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles. *World Competition*, v. 43, n. 4, pp. 417–419, 2020 ("*self-preferencing* refers to an instance in which an integrated firm favours its affiliates at the expense of rivals"); DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 99–100, 2020.

¹³⁹¹ OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 54 ("*abusive leveraging (or discriminatory leveraging) theories of harm focus on ways in which a firm can use (or leverage) its dominant position in one market to favour its products in a related market*").

¹³⁹² GRAEF, I. Differentiated treatment in platform-to-business relations: EU competition law and economic dependence. *Yearbook of European Law*, pp. 1–52, 2019.

¹³⁹³ COLOMO, P. I. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles. *World Competition*, v. 43, n. 4, pp. 417–446, 2020 ("*self-preferencing may be misleading as a legal category insofar as it may obscure the true issues underpinning a case and may lead to the use of the same legal test for the assessment of practices that are fundamentally different*").

¹³⁹⁴ No direito comunitário europeu, a literatura majoritária parece buscar parâmetros para avaliação das acusações de autopreferência na doutrina tradicional de indispensabilidade formada a partir de investigações de recusa de contratar nos famosos casos *Bronner* e *Magill*. Dessa maneira, o prejuízo à concorrência que seria derivado de uma conduta de autopreferência estaria relacionado a um bloqueio ou impedimento da concorrência em um mercado *downstream*. Nesse sentido, cf. DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 99–100, 2020; e GRAEF, I. Differentiated treatment in platform-to-business relations: EU competition law and economic dependence. *Yearbook of European Law*, pp. 1–52, 2019.

Conceitualmente, a conduta descrita parece dialogar com os exemplos de infrações à ordem econômica listados nos incisos de X a XIII do § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011¹³⁹⁵. Ao nosso ver, porém, mais importante do que saber se existe ou não uma categoria legal autônoma de abuso de posição dominante, é compreender como devem ser empregados os critérios legais para a checagem dessa infração à ordem econômica.

A resposta não se torna clara a partir de um exame da jurisprudência recente do CADE em mercados digitais. A decisão do Conselho no caso *Google Shopping* não foi capaz de definir com precisão os contornos desse abuso por exclusão. As divergências sobre o significado da categoria jurídica de autopreferência e sobre quais são as teorias do dano aplicáveis a essa prática são tão profundas que talvez sejam determinantes para explicar as divisões de entendimento entre os votos dos Conselheiros que determinaram o seu arquivamento e a sua condenação.

Como mencionado, o voto-relator do Conselheiro Maurício Bandeira Maia implementou um roteiro de análise dividindo as acusações nas seguintes categorias: (i) condutas exclusionárias, entendidas como bloqueio de acesso a um bem essencial, recusa de vendas, tratamento discriminatório, venda casada; (ii) inovação predatória e (iii) posicionamento privilegiado¹³⁹⁶.

No âmbito dessa última categoria, o voto-relator entendeu que deveria se investigar se o *Google* teria aproveitado da sua posição dominante no mercado relevante de buscas gerais "para conseguir impulsionar um novo produto em outro mercado relevante, qual seja, o de comparação de preços (busca temática)"¹³⁹⁷. O próprio relator associou a acusação de posicionamento privilegiado àquilo que a Nota Técnica do Departamento de Estudos Econômicos chamou de "discriminação de posicionamento"¹³⁹⁸. A prática investigada envolveria, portanto, a redução da visibilidade dos resultados dos rivais do *Google Shopping* nas primeiras posições dos resultados de buscas orgânicas do *Google*.

A uma primeira vista, poderia parecer que essa linha de investigação rotulada de "posicionamento privilegiado" referir-se-ia justamente à conduta de autopreferência nos termos da

¹³⁹⁵ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36, § 3º: "X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;"

¹³⁹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 177.

¹³⁹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 347.

¹³⁹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 348.

jurisprudência europeia. Contudo, ao nosso ver, o enquadramento de posicionamento privilegiado se afastou bastante dessa lógica no voto-relator.

Na decisão europeia, a autopreferência foi tratada como uma categoria de abuso autônoma justamente para esclarecer que não se aplicam a ela os requisitos de indispensabilidade ou de *essential facilities*, tradicionalmente empregados na configuração de condutas unilaterais. Nesse sentido, o *Relatório dos Especialistas da Comissão Europeia* afirma que, embora a autopreferência não seja *per se* ilícita, na medida em que se verifica que as plataformas gozam de um poder de mercado especial, elas devem suportar o ônus de demonstrar que a autopreferência não gera efeitos de exclusão de longo prazo¹³⁹⁹. Ou seja, para a verificação dessa prática, não seria necessário enquadrar a plataforma como uma infraestrutura essencial e nem seria necessário provar os efeitos, uma vez que se trabalharia aqui com uma lógica de ônus probatório invertido.

Retomando a análise do voto-relator no Processo Administrativo, verifica-se que, após concluir que havia sido demonstrada a materialidade da conduta de posicionamento privilegiado, o voto-relator fez referência às teorias do dano de venda casada (*tying*) e de fechamento vertical (*vertical foreclosure*) para balizar o exame dos efeitos anticompetitivos¹⁴⁰⁰. No entanto, ao invocar essas teorias, o ônus probatório de demonstração dos efeitos assumido pelo CADE tornou-se claramente mais elevado do que aquele utilizado pela Comissão Europeia.

Nos votos divergentes, uma compreensão diversa acerca do significado jurídico da autopreferência ficou bastante clara. O voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira expressamente diferenciou a teoria de autopreferência – no voto referida como "teoria de alavancagem de poder de mercado na era digital" –, observando que "a plataforma *Google* não é indispensável no sentido tradicional utilizado pela teoria de *essential facilities*, mas funciona como uma espécie de *internet gateway* com efeitos que merecem atenção especial do direito da concorrência"¹⁴⁰¹.

No mesmo sentido, refletindo a necessidade de inverter o ônus probatório para a demonstração dos efeitos, o voto da Conselheira Paula Farani considerou que o teste jurídico da conduta de autopreferência envolveriam basicamente, (i) verificar que o *Google* possui posição dominante no mercado de buscas genéricas; (ii) verificar a materialidade da conduta de autopreferência; em seguida "(iii) verificar a existência de justificativa econômica legítima; e, (iv)

¹³⁹⁹ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 7.

¹⁴⁰⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 352.

¹⁴⁰¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (SEI nº 0632417). 2019. § 22.

no caso em que haja justificativa legítima, verificar se haveria alternativa menos restritiva da concorrência"¹⁴⁰².

Em síntese, portanto, a linha que dividiu as posições de condenação e arquivamento do processo administrativo se assenta, principalmente, em diferentes visões de como deve ser alocado o ônus probatório de demonstração dos efeitos da conduta unilateral.

Quanto ao exame da autopreferência a partir do enfoque de concorrência dinâmica, ao nosso ver, a decisão do CADE no caso *Google Shopping* não aprofundou adequadamente a discussão sobre prejuízos à inovação, exceto naquilo que diz respeito à apreciação da categoria de inovação predatória¹⁴⁰³. A única referência mais expressa à questão da inovação constou do voto-relator, no ponto em que este observou que, no caso em tela, a verificação de um falso positivo "teria um alto efeito nocivo à concorrência por se tratar de uma inovação, o que repercutiria negativamente em um setor altamente pulsante em nossos dias"¹⁴⁰⁴. Conforme referido nesta tese, entendemos que a discussão sobre riscos de falsos positivos e falsos negativos é, de certo modo, inoportuna quando feita sob alegações genéricas. A nossa compreensão consignada nesta pesquisa estabelece que a avaliação dos riscos é tecnicamente mais bem trabalhada nas discussões sobre regimes de presunção de ilicitude e padrões de ônus probatórios, consoante debatido nos itens anteriores deste Capítulo.

A despeito da inexistência de considerações mais profundas sobre inovação nos votos do CADE, desenvolveremos o exercício de examinar como as práticas imputadas na investigação do *Google Shopping* no Brasil poderiam ser enquadradas na moldura de análise antitruste proposta nesta tese.

Sob o aspecto das teorias do dano de concorrência dinâmica fixadas no Capítulo 4, seria possível acessar a conduta sob duas óticas. Em primeiro lugar, poderia se considerar que a introdução dos PLA diminuiu a contestabilidade no mercado de comparadores de preços. Em segundo lugar, poderíamos cogitar a utilização da teoria do dano de negativa de acesso a recursos-chave para inovação em mercados de produtos complementares. De início, esclarece-se que a conduta em questão estaria afetando "(i) o mercado de busca genérica, no qual o *Google* deteria uma inegável posição dominante; e (ii) o mercado de *websites* de comparação de preço, em que haveria competição, muito embora dependente do tráfego proveniente da busca genérica"¹⁴⁰⁵. O voto-relator concluiu que o *Google* possui posição dominante em ambos os mercados.

¹⁴⁰² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira (SEI nº 0644436). 2019. § 143.

¹⁴⁰³ Vide item 3.3 deste Capítulo.

¹⁴⁰⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 577.

¹⁴⁰⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 102.

Haveria pouca dificuldade de se enquadrar esses mercados como mercados dinâmicos. Além de ser notável que os serviços ofertados pelos comparadores tenham se estabilizado como um mercado autônomo a partir de um processo de diferenciação em relação aos próprios serviços de buscas genéricas no final da década de 1990¹⁴⁰⁶, no Brasil, nas duas últimas décadas, houve alterações significativas nas posições de liderança nesse mercado, sobretudo a partir da entrada do *Google Shopping*¹⁴⁰⁷.

Nesse mercado, *websites* como o *Google Shopping*, *Zoom*, *Buscapé* e *Bondfaro* competem em fatores não relacionados a preços, em especial na capacidade dessas plataformas de exibirem resultados relevantes de buscas por produtos a partir das fontes de buscas dos usuários e das informações fornecidas por eles. A disputa pelo desenvolvimento de melhores tecnologias de *web-crawling* e de "ranqueamento" pode ser vista como uma projeção da concorrência entre produtos atuais diferenciados.

Além disso, pode-se considerar que os *players* atuantes nesse mercado sofrem pressões de competidores que estão fora do mercado relevante, ou ao menos na sua fronteira. Na análise de atos de concentração mais recentes, o CADE vem identificando uma tendência de uso, para comparação de preços de produtos na internet, de outras plataformas, como a própria ferramenta de busca genérica do *Google*, além de redes sociais como *Facebook* e *Instagram*, e *marketplaces* como *Amazon*, *Mercado Livre* e *OLX*, que têm passado a exercer alguma pressão competitiva sobre *players* como *Buscapé*, *Bondfaro* e *Zoom*¹⁴⁰⁸.

Há, portanto, uma importante pressão competitiva vinda da zona de concorrência potencial no mercado de comparadores de preços verticais. Além disso, o mercado de serviços de comparação de preços também pode ser entendido como um mercado adjacente ao mercado de buscas gerais, para fins de avaliação dos efeitos da inovação.

Assim, compreende-se que, nesse mercado, uma dimensão relevante da concorrência entre os comparadores de preços se refere à capacidade do *site* ou aplicativo de veicular anúncios a usuários com interesse em responder às ofertas. Isso envolve necessariamente o uso de algoritmos e de ferramentas de *big analytics* que sejam capazes de vincular as informações fornecidas pelos varejistas por meio das *application programming interfaces*, tais como título do produto, código de

¹⁴⁰⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, pp. 85–86, 2021.

¹⁴⁰⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, pp. 85–86, 2021.

¹⁴⁰⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, 2021.

barras, código de agrupamento com outros produtos, preço, entre outros, com as intenções presumidas de buscas dos usuários¹⁴⁰⁹.

Aliás, o fato de muitos consumidores buscarem produtos no *product listing ads* da página principal do *Google* – e não nos *websites* especializados – pode ter a ver justamente com a qualidade dos critérios de "ranqueamento adotados" pelo buscador, o qual conjuga uma análise de relevância do anúncio com o valor do *bid* para compra das palavras-chave¹⁴¹⁰.

Diante desse quadro fático, relacionando a conduta com as teorias do dano de concorrência dinâmica aplicáveis, seria possível cogitar da aplicabilidade de dois regimes de presunção de ilicitude. Sob o regime de presunção de ilicitude nº 1¹⁴¹¹, compreender-se-ia que, no mercado relevante atual de serviços de comparação de preços, a conduta pode ter afetado negativamente os incentivos dos concorrentes a inovar. Alternativamente, a conduta também poderia atrair a presunção de ilicitude 2¹⁴¹². Poder-se-ia, assim, entender que a conduta do *Google* pode, ao mesmo tempo, ter reduzido a rivalidade no mercado adjacente de comparadores de preços e incrementado a sua capacidade de se apropriar dos benefícios de uma inovação, que seria o *product listing ads*.

A diferença na adoção da presunção de ilicitude nº 1 ou da presunção de ilicitude nº 2, como explicamos, seria o padrão do ônus probatório aplicável. Utilizando a presunção de ilicitude nº 1, o padrão de prova seria o da verificação de alterações nos indicadores da estrutura do mercado, em conformidade com o que convencionados no item 2.3 deste Capítulo. Aplicando esse *standard*, teríamos que avaliar se a conduta atribuída ao *Google* de priorizar a exibição dos resultados do *Google Shopping* nos *product listing ads* diminuiu a rivalidade no mercado de comparadores de preços de modo a afetar a estrutura de mercado, tornando-a mais concentrada.

Utilizando a presunção de ilicitude nº 2, o padrão de prova seria o do competidor igualmente eficiente. Assim, ter-se-ia que investigar se, para além da simples liberdade de ação dos concorrentes, a prática prejudicou ou não a atuação de um competidor tão eficiente quanto o *Google* no mercado de comparadores de preços.

Ambos os regimes de presunção, portanto, demandam que se avance na análise de efeitos da conduta sobre a inovação. Em uma análise de efeitos alinhada com indicadores específicos de inovação, seria interessante observar se, a partir da conduta investigada, houve a introdução de

¹⁴⁰⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, p. 75, 2021.

¹⁴¹⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 174.

¹⁴¹¹ *Presunção de ilicitude nº 1*: é presumidamente ilícita a conduta de agente econômico que, de qualquer forma, cria ou reforça a sua posição dominante prévia em um mercado relevante atual.

¹⁴¹² *Presunção de ilicitude nº 2*: é presumidamente ilícita a conduta do agente dominante que promove a exclusão de um concorrente em um mercado relevante separado (ou adjacente). Nesse caso, porém, deve-se entender que a conduta em si pode gerar efeitos ambíguos sobre a inovação.

novos sistemas de "ranqueamento" das buscas nos *websites* dos concorrentes do *Google Shopping* e se, de alguma maneira, os sistemas de "ranqueamento" representavam inovações sustentáveis no mercado.

Sublimando as dificuldades de obtenção de dados tão específicos, compreendemos que, na prática, esse tipo de análise de efeitos também poderia ser feito examinando-se os níveis de tráfego nos *websites* dos comparadores de preço. O voto-vogal do Conselheiro João Paulo Resende avançou nesse exame, a partir da avaliação de gráficos que mostrariam como, a partir da introdução dos *product listing ads*, o tráfego medido pelos cliques nos *links* da unidade comercial variou em função do tráfego observado nos demais comparadores de preços, em consonância com a definição de mercado relevante apresentada. De acordo com o Conselheiro, "a partir de maio de 2013, o serviço do *Google* assume uma trajetória monotônica e fortemente ascendente, tomando a liderança do mercado após apenas dois anos, e tendo mais de 50% do mercado após menos de três anos"¹⁴¹³.

Os gráficos mencionados não foram disponibilizados na versão de acesso público do voto. Todavia, se tomarmos as conclusões do voto-vogal do Conselheiro João Paulo Resende como verdadeiras, seria possível inferir que, ao menos sob a ótica do padrão probatório de estrutura de mercado, é possível afirmar que houve danos à inovação, posto que, após o período da conduta, a estrutura do mercado tornou-se muito mais concentrada, o que sugere uma diminuição significativa nos incentivos à inovação. Por outro lado, avaliar os efeitos sob a lente do padrão de prova do concorrente igualmente eficiente demandaria termos mais dados sobre o comportamento dos concorrentes nesse mercado, o que também não seria possível por meio das informações disponíveis.

De todo modo, continuando na análise a partir do regime de presunção de ilicitude nº 1, teríamos que investigar se haveria justificativas que compensassem os efeitos negativos sobre a inovação. Essa apreciação de justificativas, aliás, parece ter sido bastante explorada pelo CADE. Nesse sentido, ao longo do processo, o *Google* alegou que as melhorias implementadas na sua ferramenta de comparação preços a partir do lançamento dos produtos *product listing ads* teriam trazido benefícios aos consumidores ao permitirem que eles tivessem uma melhor experiência nas suas buscas. O Departamento de Estudos Econômicos do CADE examinou esses argumentos, concluindo que os *product listing ads* teriam aumentado o bem-estar do consumidor (i) ao

¹⁴¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal do Conselheiro João Paulo Resende (SEI nº 0632473). 2019. § 50.

proporcionarem redução dos custos de transação envolvidos em compras *online*; (ii) ao melhorarem a qualidade das informações disponíveis; e (iii) ao trazerem conveniência aos usuários¹⁴¹⁴.

No mesmo sentido, o voto-relator considerou que "o lançamento dos PLA [*product listing ads*] se insere em um contexto de inovação, tendente a melhorar o bem-estar do consumidor e a fomentar o ambiente mercadológico correspondente, mas não isento do escrutínio antitruste"¹⁴¹⁵. Adicionalmente, considerou-se que havia provas, baseadas sobretudo em testes empíricos, de que o *product listing ads* do *Google* melhorava a percepção dos usuários sobre os produtos anunciados¹⁴¹⁶, de maneira a se perceber "um constante crescimento na taxa de cliques por usuário"¹⁴¹⁷.

Outro elemento indiciário de prova de eficiência valorado pelo voto-relator diz respeito a um estudo juntado aos autos o qual teria comprovado que, após a conduta, outros comparadores de preços passaram a implementar modificações visuais similares aos *product listing ads*. Na opinião do voto-relator "esse estudo corrobora a ideia de que os resultados temáticos foram uma inovação pró-competitiva, tendo como reflexos o aumento do bem-estar dos consumidores"¹⁴¹⁸.

Assim, apreciando que os *product listing ads* proporcionaram uma exibição mais detalhada dos anúncios ao diminuir o tempo que o usuário levaria para concluir as suas compras, voto-relator considerou conclusivamente que os *product listing ads* beneficiam os usuários ao (i) fornecer informações detalhadas e fáceis de entender sobre os produtos que eles possam estar interessados em comprar, com base na busca realizada, e (ii) conectando-os diretamente a vendedores daquele produto"¹⁴¹⁹. Essas conclusões poderiam ser tratadas como possíveis eficiências dinâmicas da conduta.

Nesse ponto da nossa análise, a pergunta que teria de ser feita é se as razões apresentadas pelo *Google* seriam suficientes para satisfazer o ônus argumentativo de comprovação de justificativas. Caso se adote o patamar de ônus fixado nesta tese para o padrão probatório de estrutura de mercado, ter-se-ia que examinar se haveria outra conduta eventualmente diversa que

¹⁴¹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (*E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. e Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.*), pp. 92-93 (a nota destaca que "para o consumidor dos produtos anunciados no PLA, há reduções do custo de transação para efetuar uma compra" e "pelo lado dos consumidores de anúncios, os PLAs são um produto inovador que proporciona uma alternativa de publicidade aos varejistas/*marketplaces*").

¹⁴¹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 502.

¹⁴¹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 508 - § 513.

¹⁴¹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 519.

¹⁴¹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 519.

¹⁴¹⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 532.

compensasse, de forma menos prejudicial à rivalidade, os efeitos negativos sobre a inovação. Esse padrão de demonstração de justificativas parece ter sido aventado pela Conselheira Paula Farani em seu voto-vogal ao expressar que, no caso em tela, dever-se-ia "inquirir se não há como atingir os mesmos benefícios por meios menos restritivos"¹⁴²⁰.

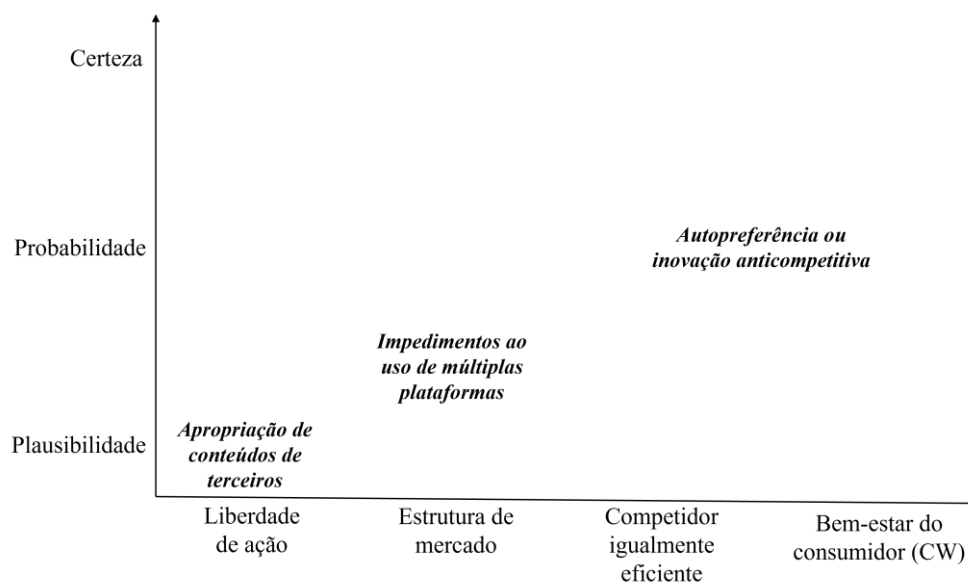
Em nossa opinião, um padrão tão elevado de ônus probatório de demonstração de justificativa parece indesejado porque, ao fim e ao cabo, impõe à empresa investigada provar que seria possível desenvolver outra inovação menos prejudicial à concorrência. Adentrar esse tipo de discussão, contudo, poderia significar um avanço sobre os limites de controle de condutas de natureza *ex post*.

¹⁴²⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira (SEI nº 0644436). 2019. § 54.

4. Conclusões do Capítulo

Neste Capítulo, objetivou-se examinar como o CADE poderia idealmente enfrentar alegações relacionadas à inovação nos precedentes selecionados. Para desenvolver esse exame, apresentamos uma proposta de fixação de critérios jurídicos para o tratamento de alegações relacionadas à inovação em investigações de abuso de posição dominante. Como mencionado, essa proposta envolve compreender a adequação do uso de diferentes regimes de presunção de ilicitude e diferentes padrões probatórios para análise de efeitos. A partir do aprofundamento da investigação em relação a quatro categorias de abuso de posição dominante distintos, este Capítulo fixou um quadro de alocação de regimes de presunção e de ônus probatórios para cada uma dessas categorias que pode ser ilustrado na figura a seguir:

Figura 21 – Alocação dos regimes de presunção de ilicitude e dos padrões probatórios aplicáveis ao tratamento de alegações de inovação por categoria de abuso de posição dominante em mercados digitais



Fonte: elaboração própria.

A partir do exercício aqui desenvolvido, é possível formular uma resposta definitiva em relação à pergunta de pesquisa lançada na introdução desta tese, consoante será consignado nas Considerações Finais.

CONCLUSÃO

Numa época em que a política antitruste em todo o mundo passa por fortes questionamentos sobre os seus objetivos, o discurso de promoção da inovação tornou-se um verdadeiro *slogan*. A compreensão de que o modelo econômico neoclássico de concorrência estática seria insuficiente para lidar com as especificidades dos mercados digitais parece estar sendo inadvertidamente repetido dos dois lados do espectro político. O quadro leva-nos a crer que, se no último quartel do século passado experimentaram-se diversos abusos de sentidos atribuídos à noção de bem-estar do consumidor, a lírica de concorrência dinâmica parece ser hoje uma nova metafísica antitruste.

Considerando a necessidade de conferir maior consistência teórica ao tratamento das alegações relacionadas à inovação, esta tese buscou examinar se o CADE, no julgamento de casos concretos de abuso de posição dominante em mercados digitais, havia aplicado adequadamente conceitos, premissas e metodologias inseridas no campo das teorias de concorrência dinâmica. Para que essa investigação pudesse ser enfrentada de forma consistente, no entanto, foi necessário que esta tese estabelecesse os parâmetros que informariam o exame crítico do objeto de pesquisa delimitado, ou seja, coube-nos fixar os referidos conceitos, premissas e metodologias que, ao nosso ver, deveriam ser empregados pela autoridade de defesa da concorrência. Por isso, esta pesquisa teve um viés normativo ou prescritivo que serviu de base ao exame analítico das decisões do CADE.

Consoante demonstramos no Capítulo 1, sob rótulo de teorias de concorrência dinâmica, é possível agregar estudos heterogêneos que rompem total ou parcialmente os laços entre os modelos econômicos neoclássicos e as suas prescrições para a política antitruste. Pelas razões discutidas, optamos por fixar como marco teórico desta pesquisa aquilo que chamamos de vertente pós-Chicago de concorrência dinâmica. Tal vertente estabelece princípios para análise de condutas e de estruturas – como os princípios da contestabilidade, da apropriabilidade e das sinergias – organizados de forma agnóstica em relação aos debates da teoria econômica sobre o nível ótimo de concentração de mercado.

No Capítulo 2, foram endereçadas as especificidades do modelo de negócio das plataformas digitais. Conforme ali discutido, os mercados que se organizam em torno dessas plataformas são caracterizados por efeitos de redes e economias de escala e de escopo baseadas no tratamento de dados. Essas particularidades podem gerar vantagens competitivas relevantes para o juízo de poder de mercado, embora a constatação de posições dominantes baseadas nesses fatores dependa de investigações factuais.

No Capítulo 3, por sua vez, discutimos os aspectos fundamentais do controle de abuso de posição dominante no direito concorrencial brasileiro. Verificamos que, embora o CADE tenha o entendimento de que as condutas unilaterais devem ser indiscriminadamente enquadradas no art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, sob a regra da razão, na prática, a autarquia emprega múltiplos regimes de ilicitude e de teses jurídicas que nublam os critérios jurídicos aplicáveis. A rigor, mesmo que seja discutível a que finalidades deve servir a repressão ao abuso de posição dominante, parece-nos que a eleição dos critérios jurídicos é o fator que explica melhor os distintos resultados no tratamento das condutas unilaterais.

A partir da revisão de literatura desempenhada nos três primeiros Capítulos, a segunda parte da tese voltou-se à construção de uma moldura antitruste que, consoante proposto, deveria ser empregada pelo CADE no controle de condutas com foco em inovação.

Essa moldura antitruste envolve três contribuições originais propostas nesta pesquisa. A primeira delas, explorada no Capítulo 4, consistiu na releitura da abordagem de concorrência dinâmica para a concorrência entre plataformas digitais, que se visou a fixar aquilo que chamamos de teorias do dano de concorrência dinâmica. Em especial, definimos que, ao menos por hipótese, os agentes dominantes poderiam prejudicar a inovação nos mercados digitais por meio de condutas unilaterais de exclusão que (i) restrinjam as condições de contestabilidade e apropriabilidade; (ii) obstaculizem o desenvolvimento de inovações disruptivas; ou (iii) dificultem o acesso de concorrentes a recursos estratégicos para a concorrência dinâmica.

A segunda contribuição original, desenvolvida no Capítulo 5, consiste em sugestões de adaptações nas metodologias de mercado relevante aplicáveis a mercados digitais. Em especial, considerou-se que seria oportuno diferenciar duas unidades de análise: (i) mercados digitais atuais e (ii) mercados digitais adjacentes. Para cada uma delas, foi possível compreender melhor como funciona o processo de competição por inovação entre plataformas digitais e como referido processo poderia ser afetado pelas estratégias dos agentes dominantes.

Por fim, a última contribuição original, aprofundada no Capítulo 6, consubstanciou-se na proposição de critérios jurídicos, que devem ser utilizados na apreciação de alegações relacionadas à inovação. Tais critérios jurídicos envolvem regimes de ilicitude, padrões probatórios e testes legais empregáveis de maneira escalonada a partir dos graus de lesividade das condutas quanto ao seu potencial de diminuição dos incentivos à inovação. A tabela abaixo sintetiza, em relação a cada uma das modalidades de abuso de posição identificadas, como poderiam ser conjugadas as contribuições originais desta tese.

Tabela 3 – Síntese da conjugação das contribuições originais da tese no tratamento das categorias de abuso de posição dominante em plataformas digitais

Conduta anticompetitiva	Teorias do dano de concorrência dinâmica aplicáveis	Espaços de mercados relevantes possivelmente afetados	Regimes de presunção de ilicitude	Teste legal
Apropriação de conteúdo de terceiros	Redução dos incentivos a inovar	Mercado relevante principal	Presunção de ilicitude nº 3	Ilícito <i>per se</i>
Impedimentos ao uso de múltiplas plataformas	Redução das oportunidades de disrupção Recusa de acesso a recursos-chave para a inovação	Mercado relevante principal ou adjacente	Presunção de ilicitude nº 1 Presunção de ilicitude nº 2	Regra da razão truncada
Inovação anticompetitiva e autopreferência	Redução dos incentivos à inovação Recusa de acesso a recursos-chave para a inovação	Mercado relevante adjacente	Presunção de ilicitude nº 1 Presunção de ilicitude nº 2	Regra da razão (critério do competidor igualmente eficiente)

Fonte: elaboração própria.

Aplicando esses parâmetros, foi possível fazer um exame crítico das decisões do CADE nos julgamentos concluídos sobre abuso de posição dominante em mercados digitais.

Em relação à conduta de apropriação de conteúdo de terceiros, verificamos que o CADE, no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, por considerar que não havia materialidade comprovada da conduta, nem sequer chegou a definir com clareza quais seriam os regimes de presunção de ilicitude e os testes jurídicos aplicáveis. Em passagens isoladas dos votos, porém, é possível inferir que o Tribunal do CADE estaria disposto a aplicar um teste padrão baseado na regra da razão para avaliação dos efeitos anticompetitivos da conduta. Entendemos que esse critério jurídico é inadequado porque, ao nosso ver, a conduta incide no regime de presunção de ilicitude nº 3 descrito no item 2.1. do Capítulo 6. Por não haver possíveis eficiências dinâmicas decorrentes dessa conduta, compreendemos que o teste jurídico aplicável deveria ser o mesmo que o CADE emprega às práticas de restrições puras à concorrência (*naked restraints*), o qual aproximaria o teste legal aplicável à regra *per se* de análise.

No que se refere à prática de impedimento ao uso de múltiplas plataformas, o Tribunal do CADE, no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19, considerou, em uma

análise perfunctória, que os termos e as condições de uso de *application programming interfaces* do *AdWords* não apresentariam nenhuma cláusula com efeito restritivo ao *multi-homing*. Embora o CADE, mais uma vez, tenha concluído pela ausência de materialidade da conduta, ao nosso ver, a autoridade não aprofundou adequadamente os possíveis danos à inovação. Compreendemos que a autoridade antitruste poderia ter endereçado, nas suas linhas de investigações, duas teorias do dano de concorrência dinâmica. A primeira consistiria na imposição de restrições a oportunidades de disrupção. A segunda consistiria na restrição de acesso a ativos-chave de inovação. O aprofundamento das teorias do dano poderia ser buscado examinando-se em que medida os dados dos varejistas que veiculam suas campanhas no *AdWords* consistiriam em ativos relevantes do ponto de vista competitivo no mercado de busca patrocinada. Partindo dessas duas teorias do dano, seria possível obter avaliações mais sólidas quanto aos impactos sobre os incentivos à inovação e à possível realização de eficiências dinâmicas da conduta.

Por fim, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, o CADE parece ter considerado de forma mais cautelosa as possíveis repercussões da conduta investigada sobre a inovação. As alterações realizadas no buscador do *Google* a partir da introdução do PLA foram tanto consideradas sob o rótulo de inovação predatória quanto sob o rótulo de autopreferência. Nas duas situações, o CADE equiparou a análise de efeitos àquela tradicionalmente desenvolvida para casos de recusa de fechamento vertical ou venda casada. Essa opção é passível de críticas, tendo em vista que a literatura antitruste recente tem advogado alguma flexibilização dos requisitos para a configuração das práticas de inovação anticompetitiva ou de autopreferência, propondo-se, em especial, uma reversão do ônus probatório.

Sob o enfoque das teorias do dano de concorrência dinâmica, a prática poderia ser apreciada sob os regimes de presunção de ilicitude 1 e 2 definidos no item 2.2. do Capítulo 6. Ambos os regimes de presunção demandariam que se avançasse na análise de efeitos da conduta sobre a inovação, o que poderia ser feito, a princípio, considerando como *proxy* de mensuração da contestabilidade as alterações nos níveis de tráfego nos *websites* dos comparadores de preço antes e após a introdução dos PLA. Esses efeitos poderiam ser eventualmente compensados por eficiências dinâmicas. A apreciação desse argumento de defesa foi realizada pelo CADE, embora não tenha ficado evidente qual seria o patamar de suficiência dessas compensações *vis a vis* os efeitos de exclusão verificados.

Partindo desses resultados, é possível afirmar que, dos três julgados examinados, em apenas um deles, no caso *Google Shopping*, o CADE desenvolveu uma análise minimamente consistente com os conceitos, as premissas e as metodologias de uma análise antitruste baseada em concorrência dinâmica. A despeito dessa conclusão, o uso de diversas referências à inovação nas

decisões revelou que alguns conceitos ínsitos ao campo das teorias de concorrência dinâmica são utilizados de forma bastante atécnica e confusa, inclusive para eventual invocação de argumentos que flertam com propostas de imunização quase absoluta das práticas examinadas.

Os resultados desta tese reforçam a necessidade de priorização de uma agenda de pesquisa que almeje robustecer cientificamente os critérios de internalização das preocupações com inovação no direito concorrencial brasileiro. A construção de uma política antitruste nacional voltada à proteção da inovação requer que sejam evitadas fundamentações opacas nas decisões da autoridade de defesa da concorrência que podem se revelar arbitrárias, esvaziando o mandado constitucional de repressão ao abuso de poder econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUISTI, A.; GROSSKLAGS, J. What can behavioral economics teach us about privacy? *In: ACQUISTI, A. et al. Digital privacy: theory, technologies and practices*. Boca Raton: Auerbach Publications, 2008. p. 363–381.

ACQUISTI, A.; TAYLOR, C.; WAGMAN, L. The economics of privacy. *Journal of Economic Literature*, v. 54, pp. 442–492, 2016.

t
AGHION, P. *et al.* Competition and innovation: an inverted-U relationship. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 120, n. 2, pp. 701–728, 2005.

AHLBORN, C.; EVANS, D. S. The Microsoft judgment and its implications for competition policy towards dominant firms in Europe. *Antitrust Law Journal*, maio, 2008.

AKMAN, P. Searching for the long-lost soul of article 82 EC. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 2, pp. 267–303, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp011>.

AKMAN, P. The European Commission's guidance on article 102 TFEU: from inferno to paradiso? *The Modern Law Review*, v. 73, n. 1, pp. 605–630, 2010.

AKMAN, P. The theory of abuse in Google Search: a positive and normative assessment under EU Competition Law. *Journal of Law, Technology & Policy*, v. 9, n. 2, pp. 301–374, 2017.

AKMAN, P. *White Paper: competition policy in a globalized, digitalized economy*. Geneva: World Economic Forum, 2019.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Amazon ändert weltweit seine Geschäftsbedingungen für Händler auf seinen Markt- plätzen – Bundeskartellamt stellt Missbrauchsverfahren ein*. [s.l.: s.n.], 2019.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. Big data und Wettbewerb. p. 17, 2017. Disponível em: <http://www.informationsethik.net/?p=4523>.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt v. Facebook- B6-22/16*. pp. 1–309, 2019.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Digitale Ökonomie: Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz*. Bonn: Hintergrundpapier - Arbeitskreis Kartellrecht, 2015.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis*. Berlin: Bundeskartellamt, 2017.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Innovations: challenges for competition law practice*. [s.l.: s.n.], 2017. Disponível em: www.bundeskartellamt.de.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. *Press release: proceedings against Amazon based on new*

rules for large digital companies (Section 19a GWB). [s.l.: s.n.], 2021.

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. THINK TANK INTERNET. *Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*. Bonn: BKartA, 2016.

ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE. Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. *Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*, p. 92, 2019. Disponível em: www.bmwi.de.

ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, pp. 1–50, 2020.

AMBRUS, A.; CALVANO, E.; REISINGER, M. Either or both competition: a "two-sided" theory of advertising with overlapping viewerships. *American Economic Journal: Microeconomics*, v. 8, n. 3, pp. 189–222, 2016.

AMORIM, F. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionabilidade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, pp. 75–102, 2017.

ANDERSON, C. Free! Why \$ 0.00 is the future of business. *Wired*, 2008.

ANDERSON, S.; COATE, S. *Market provision of broadcasting: a welfare analysis*. pp. 947–972, 2005.

ANDERSON, S.; PEITZ, M. Media see-saws: winners and losers in platform markets. *Discussion Paper Series – CRC TR 224*, n. 089, 2019.

ANDRADE, J. M. A. de. *Economização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ANDRIYCHUK, O. *The normative foundations of European competition law: assessing the goals of antitrust through the lens of legal philosophy*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2017.

AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application* (last updated). Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978.

ARGENTESI, E. *et. al. Ex-post assessment of merger control decisions in digital markets: document prepared by Lear for the Competition and Markets Authority*, maio, 2019.

ARGENTON, C.; PRÜFER, J. Search Engine competition with network externalities. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 1, pp. 73–105, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhr018>.

ARMSTRONG, M. Competition in two-sided markets. *The RAND Journal of Economics*, pp. 1–32, maio 2006.

ARROW, K. J. Economic welfare and the allocation of resources for invention. *Readings in Industrial Economics*, pp. 609–626, 1962. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-1-349-15486-9_13.

ARSDALE, S. van; VENZKE, C. Predatory innovation in software markets. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 1, pp. 243–290, 2015.

ARTHUR, W. B. Competing technologies, increasing returns , and lock-in events historical. *The Economic Journal*, v. 99, n. 394, pp. 116–131, 1989.

ARTHUR, W. B. Positive feedbacks in the economy. *Scientific American*, v. 262, n. 2, pp. 92–99, 1990. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/scientificamerican0290-92>.

AUDRETSCH, D. B.; BAUMOL, W. J.; BURKE, A. E. Competition policy in dynamic markets. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 5, pp. 613–634, 2001. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0167-7187\(00\)00086-2](https://doi.org/10.1016/S0167-7187(00)00086-2).

AUER, D. Structuralist innovation: a shaky legal presumption in need of an overhaul. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 1, pp. 1–9, dez. 2018.

AUER, D. *et. al.* Why sound law and economics should guide competition policy in the digital economy. *International Center for Law & Economics*, pp. 1–12, set. 2018.

AUER, D.; PETIT, N. Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into antitrust policy. *The Antitrust Bulletin*, pp. 1–36, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0003603X15607155>.

AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. *Digital platforms inquiry*. Canberra: ACCC Publisher, 2019.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Online advertising: development of an ecosystem with strong growth and led by two stakeholders*. [s.l.: s.n.]: 2018.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. *Competition law and data*. [s.l.: s.n.]: 2016.

AZEVEDO, P. F. de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. *Textos para discussão. Escola de Economia de São Paulo FGV/SP*, v. 234, n. 1, pp. 1–38, 2010.

BAIN, J. S. Economies of Scale, concentration, and the condition of entry in twenty manufacturing industries. *The American Economic Review*, v. 44, n. 4, pp. 15–39, 1954.

BAIN, J. S. *Industrial organization*. Nova Iorque: John Wiley & Sons Inc., 1959.

BAKER, J. A preface to post-Chicago antitrust. In: POST-CHICAGO DEVELOPMENTS IN ANTITRUST LAW. Nova Iorque: Edward Elgar Publishing, 2002.

BAKER, J. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 576–602, 2007.

BAKER, J. B. Exclusion as a core competition concern. *Antitrust Law Journal*, v. 3, pp. 527–289, 2013.

BAKER, J. B. Exclusionary conduct of dominant firms, R&D competition, and innovation. *Review of Industrial Organization*, v. 48, n. 3, pp. 269–287, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-015-9485-9>.

BAKER, J. B. *The antitrust paradigm*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2019.

BAKER, J. B.; MORTON, F. S. Confronting rising market power. *Economics for inclusive prosperity: Research Brief*, maio 2019.

BALTO, D. A.; LANE, M. C. Monopolizing water in a tsunami: finding sensible antitrust rules for big data finding the proper way to analyze data under the competition laws. *SSRN Electronic Journal*, p. 1–12, maio 2015.

BANIA, K. The role of consumer data in the enforcement of EU competition law. *European Competition Journal*, v. 14, n. 1, pp. 38–80, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1429555>.

BAPTISTA, L. O. Origens do direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 91, n. 1, pp. 3–26, 1996.

BARNEY, J. Firm resources and sustained competitive advantage. *Journal of Management*, v. 17, n. 1, pp. 99–120, 1991.

BATTELLE, J. *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*. Boston: Nicholas Brealey Publishing, 2005.

BAUMOL, W. J.; ORDOVER, J. A. Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992. pp. 82–97.

BAXTER, W. F. The definition and measurement of market power in industries characterized by rapidly developing and changing technologies. *Antitrust Law Journal*, v. 53, n. 3, pp. 715–732, 1984.

BEDRE-DEFOLIE, Ö.; NITSCHKE, R. When do markets tip? An overview and some insights for policy. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 11, n. 10, pp. 610–622, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa084>.

BEHRENS, P. The ordoliberal concept of "abuse" of a dominant position and its impact on article 102 TFEU. *Discussion Paper 7/15, Europa-Kolleg Hamburg*, pp. 1–35, 2015.

BINNS, R.; BIETTI, E. Dissolving privacy, one merger at a time: competition, data, and third party tracking. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 2, pp. 1–39, 2018.

BLAIR, R. D.; DURRANCE, C. P. Restraints on quality competition. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 10, n. 1, pp. 27–46, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nht025>.

BLAIR, R. D.; SOKOL, D. D. Welfare standards in U.S. and E.U. antitrust enforcement. *Fordham Law Review*, v. 81, pp. 2497–2541, 2013.

BLOODSTEIN, B. Amazon and Platform Antitrust. *Fordham Law Review*, v. 88, n. 1, pp. 187–230, 2019.

BORK, R. H. Antitrust and Google. *Chicago Tribute*, v. 1, n. 1, 2012.

BORK, R. H. Legislative intent and the policy of the Sherman Act. *Journal of Law and Economics*, v. 9, pp. 7–48, 1966.

BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Basic Books, 1978.

BORK, R. H. The goals of antitrust policy. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, pp. 242–253, 1967.

BORK, R. H. The rule of reason and the *per se* concept: price fixing and market division. *The Yale Law Journal*, v. 75, n. 3, pp. 373–475, 1966.

BORK, R. H.; BOWMAN, W. S. The goals of antitrust: a dialogue on policy. *Columbia Law Review*, v. 65, pp. 363–376, 1965.

BOSTOEN, F.; MÂNDRESCU, D. Assessing abuse of dominance in the platform economy: a case study of app stores. *European Competition Journal*, v. 0, n. 0, pp. 1–61, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1805698>.

BOURNE, R. Is this time different? Schumpeter, the tech giants, and monopoly fatalism. *Policy Analysis*, n. 872, pp. 1–34, 2019.

BOURREAU, M.; DE STREEL, A. Digital conglomerates and EU competition policy. *Université de Namur e Telecom ParisTech*, mar. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3350512>.

BOURREAU, M.; DE STREEL, A.; GRAEF, I. Big data and competition policy: market power, personalised pricing and advertising. *SSRN Electronic Journal*, v. 32, fev. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2920301>.

BRADSHAW, T. Search engine start-ups try to take on Google. *The Financial Times*, 2020.

BRADSHAW, T.; MCGEE, P. Apple develops alternative to Google search. *The Financial Times*, 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.001020/2014-26 (Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A.). Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (SEI nº 0356426), 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Parecer Técnico nº 25/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI nº 0272994). [s.l.: s.n.], 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16. Parecer Técnico nº 24. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Brasília: CADE, 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Brasília: [s.n.], 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Farani (SEI nº 063262). [s.l.: s.n.], 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). [s.l.: s.n.], 2019.

BRICS COMPETITION INNOVATION LAW & POLICY JOINT RESEARCH PLATFORM. *Digital era competition: BRICS View*. Moscou: BRICS Competition Law and Policy Centre, 2020.

BRODLEY, J. F. Potential competition under the merger guidelines. *California Law Review*, v. 71, n. 2, pp. 376–401, 1983.

BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, v. 62, n. 1, pp. 1020–1053, 1987. Disponível em: <https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8>.

BROOKS, J. W. The dilemma of "free": Facebook's monopsony power and the need for an antitrust Renaissance. *SSRN Electronic Journal*, maio 2020.

BRUNA, S. B. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BURNLEY, R. Who's afraid of conglomerate mergers? A comparison of the U.S. and EC approaches. *World Competition Law and Economics Review*, v. 28, n. 1, p. 43–70, 2005.

Cabordagem baseada em recursosAL, M. A. M. *Estado, concorrência e economia: convergência entre antitruste e pensamento no Brasil*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

Cabordagem baseada em recursosAL, M. A. M. Houve uma revolução antitruste no Brasil? In: CAMPILONGO, C.; PFEIFER, R. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. pp. 119–175.

CAILLAUD, B.; JULLIEN, B. Chicken and egg: competition among intermediation service providers. *The RAND Journal of Economics*, v. 34, n. 2, pp. 309–328, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1593720>.

CAILLAUD, B.; JULLIEN, B. Competing cybermediaries. *European Economic Review*, v. 45, n.

4–6, pp. 797–808, 2001. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0014-2921\(01\)00123-4](https://doi.org/10.1016/S0014-2921(01)00123-4).

CALVANO, E.; POLO, M. Market power, competition and innovation in digital markets: a survey. *Information Economics and Policy*, v. 4, n. 1, pp. 1–18, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100853>.

CARO, A. Leveraging market power online: the Google Shopping case. *Competition Law Journal*, v. 17, n. 1, pp. 49–56, 2018.

CARVALHO, V. M. de. As finalidades da defesa da concorrência: uma leitura a partir da ordem econômica constitucional. In: NUSDEO, F. *A ordem econômica constitucional: estudos em celebração ao centenário da constituição de Weimar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. pp. 199–222.

CARVALHO, V. M. de. Princípios e finalidades da defesa da concorrência. In: CARVALHO, V. M. de. *Defesa da concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015. pp. 17–44.

CARVALHO, V. M. de; VERISSIMO, M. P.; SILVEIRA, P. B. da. Vertical restraints: a look ahead. *Competition Policy International*, v. 9, n. 1, pp. 1–7, 2013.

CASAGRANDE, P. L. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. 302 f. 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CASTRO, B. B. de. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 6, n. 2, pp. 58–94, 2018.

CAVE, M. Platform software versus the software of competition law. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 10, n. 7, pp. 472–478, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz036>.

CHAMBERLIN, E. H. Product heterogeneity and public policy. *The American Economic Review*, v. 40, n. 2, pp. 85–92, 1950. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/9780230226203.0037>.

CHAMBERLIN, E. H. *The theory of monopolistic competition: a re-orientation of the theory of value*. Cambridge, Massachusetts: Oxford Univeristy Press, 1969.

CHIRITA, A. Data-driven mergers under EU competition law. In: *The future of commercial law: ways forward for harmonisation*. Oxford: Hart Publishing, 2020. pp. 147–186.

CHRISTENSEN, C. M. *The innovator's dilemma: when technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 1997.

CLARK, T. Google v. Commuissioner: a comparison of European Union and United States antitrust law. *Seton Hall Law Review*, 2017.

COLOMO, P. I. *A contribution to "shaping competition policy in the era of digitisation"*. [s.l.: s.n.], 2018.

COLOMO, P. I. Anticompetitive effects in EU competition law. *Journal of Competition Law &*

Economics, v. 17, n. 2, pp. 309–363, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa031>.

COLOMO, P. I. *Beyond the "more economics-based approach": a legal perspective on article 102 TFEU Case Law*. 2016.

COLOMO, P. I. Legal tests in EU competition law: taxonomy and operation. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 10, n. 7, pp. 424–438, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz045>.

COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 22/2015*, v. 41, n. 2, pp. 1–27, 2015.

COLOMO, P. I. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles. *World Competition*, v. 43, n. 4, pp. 417–446, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3654083>.

COLOMO, P. I. *The shaping of EU competition law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

COLOMO, P. I. What is an abuse of a dominant position? Deconstructing the prohibition and categorizing practices. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, pp. 1–33, 2021.

COMITE INTERGOUVERNEMENTAL CRÉÉ PAR LA CONFÉRENCE DE MESSINE. *Rapport des Chefs de Délégation Aux Ministres des Affaires Etrangères*. Bruxelas: [s.n.], 1956.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Online platforms and digital advertising: market study final report*. Londres: Competition and Markets Authority, 2020.

CONDORELLI, D.; PADILLA, J. Harnessing platform envelopment in digital word. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 16, n. 2, pp. 134–187, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa006>.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA *et. al.* *BRICS in the digital economy: competition policy in practice 1st report by the competition authorities working group on digital economy*. [s.l.: s.n.], 2019.

CORRÊA, M. V. *Abuso de posição dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição*. 189 f. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COSTA-Cabordagem baseada em recursosAL, F. Innovation in EU competition law: the resource-based view and disruption. *Yearbook of European Law*, v. 37, n. 1, pp. 305–343, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/yel/yey019>.

COSTA-Cabordagem baseada em recursosAL, F.; LYNSKEY, O. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review*, v. 54, n. 1, pp. 11–50, 2017.

COYLE, D. Platform dominance: the shortcomings of antitrust policy. In: MOORE, M.; TAMBINI, D. (ed.) *Digital dominance: the power of Google, Amazon, Facebook and Apple*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2018. p. 441.

COYLE, D. Practical competition policy implications of digital platform economics. *Benett Institute for Public Policy Working Paper*, n. 1, p. 1–20, mar. 2018.

CRANE, D. A. *Chicago, post-Chicago, and neo-Chicago*. v. 4, n. 4, 2009.

CRANE, D. A. Ecosystem competition and the antitrust laws. *Nebraska Law Review*, v. 98, n. 2, pp. 412–424, 2019. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nebklr98&id=424&div=&collection=>.

CRANE, D. A. Market power without market definition. *Notre Dame Law Review*, v. 90, n. 1, pp. 31–80, 2014.

CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019.

CUSUMANO, M. A.; GAWER, A.; YOFFIE, D. B. *The business of platforms: strategy in the age of digital competition, innovation and power*. Nova Iorque: Harper Collins Publishers, 2019.

DAVIS, R. W. Innovation markets and merger enforcement: current practice in perspective. *Antitrust Law Journal*, v. 71, n. 2, pp. 677–703, 2006.

DE SILVA, I. Tackling the challenges raised by the digitalization of the economy: recent experiences of the French competition authority. *The Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 1, pp. 3–10, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0003603X18822577>.

DE SOUSA, P. C. What shall we do about self-preferencing? *CPI Anitrust Chronicle*, n. 1, p. 1–10, jun. 2020.

DE STREEL, A. *et. al. Digital markets act: making economic regulation of platforms fit for the digital age*. [s.l.]: Centre on Regulation in Europe, 2020.

DELLER, D. *et. al. Competition and innovation in digital markets*. *BEIS Research Paper 2021/040 Report*, v. 1, pp. 1–56, abr. 2021. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1003985/uae-ccp-report__1_.pdf.

DELRAHIM, M. “I’m free”: platforms and antitrust enforcement in the zero-price economy. *Remarks as Prepared for Delivery at Silicon Flatirons, University of Colorado Law School*, p. 17, 2019.

DESSEMOND, E. G. Restoring competition in "winner-took-all" digital platform markets. *UNCTAD Research Paper*, n. 40, pp. 1–20, 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf.

DEVINE, K. L. Preserving competition in multi-sided innovative markets: how do you solve a problem like Google? *North Carolina Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 1, pp. 59–118, 2008.

DEVLIN, A. Antitrust as regulation. *San Diego Law Review*, pp. 823–878, 2013.

DEVLIN, A.; JACOBS, M. Anticompetitive innovation and the quality of invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, pp. 1–54, 2012.

DEWENTER, R.; RÖSCH, J.; TERSCHÜREN, A. Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen. *Diskussionspapier*, n. 151, *Helmut-Schmidt-Universität - Universität der Bundeswehr Hamburg*, 2014.

DORIGAN, W. E. The potential competition doctrine: the Justice Department's antitrust weapon under section 7 of Calyton Act. *The John Marshall Law Review*, v. 8, n. 3, pp. 415–136, 1975.

DOUGLAS, E. M. The new antitrust/data privacy law interface. *The Yale Law Journal Forum*, v. 2280, n. 1, pp. 647–684, 2021.

DRAGO, B. de L. *Responsabilidade especial dos agentes dominantes*. 410 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DREXL, J. Anticompetitive stumbling stones on the way to a cleaner world: protecting competition in innovation without a market. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 3, pp. 507–542, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs019>.

DREXL, J. Politics, digital innovation, intellectual property and the future of competition law. *Concurrences*, v. 4, n. 1, pp. 2–5, 2019.

DUCCI, F. *Natural monopolies in digital platform markets*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2020.

DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 74–115, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa004>.

DUNNE, N. Implications of e-commerce for competition policy. *OCDE Background Paper by the Secretariat*, 2018.

EBEN, M. A. K. *Addressing the main hurdles of product market definition for online services: products, price, and dynamic competition*. 389 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - The University of Leeds, 2019.

EBEN, M. A. K. Market definition and free online services: the prospect of personal data as price. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 14, n. 2, pp. 221–275, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2990665>.

EBEN, M. A. K. The antitrust market does not exist: pursuit of objectivity in a purposive process. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 17, n. 3, pp. 586–619, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab001>.

EBEN, M. A. K.; ROBERTSON, V. H. S. E. The relevant market concept in competition law and its application to digital markets: a comparative analysis of the EU, US, and Brazil. *Graz Law Working Paper Series Working Paper*, v. 1, n. 1, pp. 1–34, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3762447>.

ECONOMIDES, N. The economics of networks. *International Journal of Industrial Organization*, v. 14, pp. 673–699, 1996.

ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective. *Journal of Competition Law & Economic*, v. 1, n. 1, pp. 1–74, 2020.

ELHAUGE, E. Defining better monopolization standards. *Stanford Law Review*, pp. 253–344, 2003.

ELLIG, J.; LIN, D. A Taxonomy of dynamic competition theories. In: *Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001. p. 282.

ERDEM, F. B. *The suppression of innovation: testing the open nature of article 102 TFEU*. 361 f. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Brunel de Londres, 2020.

ERZACHI, A.; STUCKER, M. E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

ESAYAS, S. Privacy as a non-price competition parameter: theories of harm in mergers. *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 26, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3232701>.

ESAYAS, S. Y. Competition in (data) privacy: 'zero'-price markets, market power, and the role of competition law. *International Data Privacy Law*, v. 8, n. 3, pp. 181–199, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy014>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CORTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO DE COLUMBIA. *United States of America vs. Microsoft Corporation*. 15 U.S.C. § 2, 253. 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CORTE DO SEGUNDO CIRCUITO. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416. 1945.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.4135/9781604265774.n514>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FEDERAL TRADE COMMISSION. Commitments letter from Google Inc. to Chairman Leibowitz. *Google Inc., File n. 111-0163*, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FEDERAL TRADE COMMISSION. Data brokers: a call for transparency and accountability. *Data brokers and the need for transparency and accountability*, pp. 1–101, maio 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163*. [s.l.: s.n.], 2013. Disponível em: http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *American Tobacco*. 221 U.S., 31 S. Ct. 362. 1911.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Ohio et. al. v. American Express Co. et. al.* 585 U.S. 2018. pp. 1–52.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *Standard Oil Co. of N. J. v. United States*, 221 U.S.1, 31 S.Ct. 502. 1911.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE. *United States v. Grinnell Crop.* 384 US. 563, 86 S. Ct. 1966.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Statement of Nate Sutton Associate General Counsel, Competition Amazon.com, Inc. before the United States House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law*. [s.l.: s.n.], 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *FTC v. Qualcomm. n. 19-16122*. [s.l.: s.n.], 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/s0020782900018295>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. *Microsoft Corporation Form 10-K*. Washington, D.C.: [s.n.], 2020.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Competition policy brief: EU merger control and innovation*. [s.l., s.d.] Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2016/2016_001_en.pdf, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Staff working document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy. *Digital Single Market*, pp. 1–49, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy%0Ahttp://files/48/CommissionStaffWorkingDocumentonthefreeflowofdataandemergingissuesoftheEuropeandataeconomyAccompanyingthed>.

EVANS, D. S. Attention platforms, the value of content, and public policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 775–792, 2019a. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09681-x>.

EVANS, D. S. Attention rivalry among online platforms. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, pp. 313–357, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nht014>.

EVANS, D. S. *Attention to rivalry among online platforms and its implications for antitrust analysis*. *Journal of Competition Law and Economics*, n. 627, 2013.

EVANS, D. S. Basic principles for the design of antitrust analysis for multisided platforms. *Journal*

of *Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, pp. 319–338, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz012>.

EVANS, D. S. Essential principles for the design of antitrust analysis for multisided platforms. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–30, out. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3261812>.

EVANS, D. S. Multisided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for internet-based firms. *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper*, v. 753, p. 1–32, mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2746095>.

EVANS, D. S. Platform economics: essays on multi-sided businesses. *Competition Policy International*, 2011.

EVANS, D. S. The antitrust economics of free. *Competition Policy International*, v. 7, n. 1, pp. 70–89, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1813193>.

EVANS, D. S. The antitrust economics of two-sided markets. *Yale Journal on Regulation*, pp. 325–381, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.332022>.

EVANS, D. S. The economics of attention markets. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–41, out. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3044858>.

EVANS, D. S. The economics of the online advertising industry. *Review of Network Economics*, v. 7, n. 3, pp. 359–391, 2008.

EVANS, D. S. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–37, 2017.

EVANS, D. S.; HYLTON, K. N. The lawful acquisition and exercise of monopoly power and its implications for the objectives of antitrust. *Competition Policy International*, v. 4, n. 2, pp. 1–47, 2008. Disponível em: <https://doi.org/https://www.competitionpolicyinternational.com/journal/>.

EVANS, D. S.; NOEL, M. Defining antitrust markets when firms operate two-sided platforms. *Columbia Business Law Review*, v. 3, n. 1, pp. 102–134, 2005.

EVANS, D. S.; PADILLA, J. A. Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a neo-Chicago approach. *The University of Chicago Law Review*, v. 209, n. 1993, 2004.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Failure to launch: critical mass in platform businesses. *Review of Network Economics*, v. 9, n. 4, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.2202/1446-9022.1256>.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries. In: *Innovation policy and the economy*. v. 5. Nova Iorque: MIT Press, 2005. pp. 1–51.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. *The*

Oxford handbook on international antitrust economics, v. 623, pp. 1–44, 380–403, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.3386/w18783>.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The industrial organization of markets with two sided platforms. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 150–179, 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987341.

EZRACHI, A. The goals of EU competition law and the digital economy. *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 17, 2018.

EZRACHI, A.; ROBERTSON, V. H. S. E. Competition, market power and third-party tracking. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 42, n. 1, pp. 5–19, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/3176246>.

EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series Working Paper*, n. 7, pp. 1–87, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.2777/669298>.

EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. The curious case of competition and quality. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 3, pp. 227–257, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnv023>.

FAGERBERG, J. Innovation: a guide to the literature. In: BLAIR, R.; SOKOL, D. *The Oxford handbook of innovation*. Oxford: Oxford University Press, 2004. pp. 1–27,

FAGUNDES, J. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2008.

FARRELL, J. Can privacy be just another good? *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, v. 10, pp. 251–265, 2012.

FATUR, A. *EU competition law and the information and communication technology network industries: economic versus legal concepts in pursuit of (consumer) welfare*. Oxford; Portland; Oregon: Hart Publishing, 2012.

FEDERICO, G.; LANGUS, G.; VALLETTI, T. Horizontal mergers and product innovation. *International Journal of Industrial Organization*, v. 59, pp. 1–23, fev. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2018.03.001>.

FEDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. *NBER Working Paper No. w26005*, mar. 2019.

FERNANDES, V. O. Compliance programs and abuse of dominance practices under Brazilian competition law: a roadmap for compliance monitors. *Concurrences Competition Law Review*, v. 3, n. 1, pp. 216–227, 2019.

FERNANDES, V. O. Disruptive innovations on digital platforms: lessons from Epic Games v. Apple in the U.S. and Rappi v. iFood in Brazil. *Competition Policy International Columns Latin America*, 2021. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/disruptive-innovations-on-digital-platforms-lessons-from-epic-games-v-apple-in-the-u-s-and-rappi-v-ifood-in-brazil/>.

- FERRO, M. S. "Ceci n'est pas un marché": gratuity and competition law. *Concurrences Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 1–13, 2015.
- FIDELIS, A. L. *Data-driven mergers: a call for further integration of dynamics effects into competition analysis*. 2017.
- FILISTRUCCHI, L. A SSNIP test for two-sided markets: the case of media. *NET Institute Working Paper*, n. 08-34, v. 1, p. 46, out. 2008.
- FILISTRUCCHI, L. Market definition in multi-sided markets. In: OCDE. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms Report*. Paris: OECD Publishing, 2018. pp. 37–54.
- FILISTRUCCHI, L. *et. al.* Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 2, pp. 293–339, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu007>.
- FILISTRUCCHI, L. Two-sided vs. complementary products. *Antitrust Chronicle Especial Edition*, v. 1, n. 1, pp. 34–59, 2019.
- FILISTRUCCHI, L.; GERADIN, D.; DAMME, E. van. Identifying two-sided markets. *TILEC Discussion Paper*, v. 1, p. 27, 2012.
- FLETCHER, A. Digital competition policy: are ecosystems different? *Submissão para o 134º encontro do Comitê de Concorrência da OCDE*, dez. 2020.
- FLYNN, J. J. Antitrust policy, innovation efficiencies, and the suppression of technology. *Antitrust Law Journal*, v. 66, n. 2, pp. 487–525, 1998.
- FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FORGIONI, P. A. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI? In: NUSDEO, F. *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 347–366.
- FORGIONI, P. A.; VILLELA, M. A Lei 12.529/2011 e o Abuso de Posição Dominante. In: CAMPILONGO, C.; PFEIFER, R. *Evolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018. p. 1352.
- FOX, E. M. Consumer beware Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 8, p. 1714, 1986.
- FOX, E. "Antitrust welfare": the Brodley syntesis. *Boston College Law Review*, pp. 1375–1383, 2009.
- FOX, E. M. Efficiency paradox. In: PITOFISKY, R. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. [s.l.: s.n.], 2008.
- FOX, E. M. Monopolization and abuse of dominance: why Europe is different. *The Antitrust Bulletin*, v. 59, n. 1, pp. 129–152, 2014.
- FOX, E. M. Platforms, power, and the antitrust challenge: a modest proposal to narrow the U.S. -

Europe divide. *Nebraska Law Review*, v. 98, n. 2, 2019.

FOX, E. M.; SULLIVAN, L. A. Antitrust-retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going? In: FIRTS, H.; FOZ, E. M.; PITOFISKY, R. (ed.). *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal economic and policital policy*. Nova Iorque: Quorum Books, 1991.

FRANCK, J. U.; PEITZ, M. Market definition and market power in the platform economy. *CERRE Report*, p. 96, maio 2019.

FRAZÃO, A. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 139–158.

FRAZÃO, A. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. Antitrust and innovation: welcoming and protecting disruption. In: *Innovation policy and the economy*. Chicago; Londres: The University of Chicago Press, 2020. pp. 125–190.

FULLER, C. S. Privacy law as price control. *European Journal of Law and Economics*, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10657-017-9563-6>.

FUMAGALLI, C.; MOTTA, M.; CALCAGNO, C. *Exclusionary practices: the economics of monopolisation and abuse of dominance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2018.

FURMAN, J. *et. al. Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. Disponível em: www.gov.uk/government/publications.

GAL, M. S.; WALLER, S. W. Antitrust in high-technology industries: a symposium introduction. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 8, n. 3, pp. 449–457, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs017>.

GAWER, A.; CUSUMANO, M. *Platform leadership: how Intel, Microsoft, and Cisco drive industry innovation*. Boston: Harvard Business School Press, 2002.

GAWER, A.; CUSUMANO, M. A. Industry platforms and ecosystem innovation. *Journal of Product Innovation Management*, v. 31, n. 3, pp. 417–433, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/jpim.12105>.

GEBICKA, A.; HEINEMANN, A. Social media & competition law. *World Competition Law and Economics Review*, v. 37, n. 2, pp. 149–172, 2014.

GERADIN, D. *et. al.* The concept of dominance in EC competition law. *Global Competition Law Centre Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, p. 31, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.770144>.

GERADIN, D. What should EU competition policy do to address the concerns raised by the digital platforms' market power? *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–10, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3257967>.

GERADIN, D.; KATSIFIS, D. The antitrust case against the Apple app store. *TILEC Discussion Paper No. DP2020-035*, v. 17, n. 3, pp. 503–585, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab003>.

GERADIN, D.; KATSIFIS, D. "Trust me, I'm fair": analysing Google's latest practices in ad tech from the perspective of EU competition law. *European Competition Journal*, v. 16, n. 1, pp. 11–54, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17441056.2019.1706413>.

GERADIN, D.; NETO, C. M. da S. P. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do direito concorrencial no Brasil e na União Europeia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GERADIN, D.; PEREIRA NETO, C. M. da S. P. For a Rigorous "effects-based" analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: a comparison of EU and Brazilian competition law. *Competition Policy International*, v. 9, n. 1, pp. 30–45, 2013.

GERBER, D. J. *Law and competition in Twentieth Century Europe: protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. Antitrust approaches to dynamically competitive industries in the United States and the European Union. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 3, pp. 695–731, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhr011>.

GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. *The Atlantic divide in antitrust: an examination of U.S. and EU Competition Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 47–77, 2007. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/journal/%0Ahttps://ezproxy.lib.uconn.edu/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ecn&AN=1015114&site=ehost-live>.

GILBERT, R. Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, v. 6, pp. 159–215, 2006. Disponível em: <https://doi.org/Article>.

GILBERT, R. J. *Innovation matters: competition policy for the high-technology economy*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2020.

GILBERT, R. J. U.S. Federal Trade Commission Investigation of Google Search (2013). *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, pp. 1–25, 2017.

GILBERT, R. J.; MELAMED, A. D. Innovation under section 2 of the Sherman Act. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, pp. 1–44, 2021.

GILBERT, R. J.; SUNSHINE, S. Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 2, pp. 569–601, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/40843292>.

GINSBURG, D. H. Nonprice competition. *Antitrust Bulletin*, v. 83, n. 1, pp. 83–112, 1993.

- GINSBURG, D. H.; WRIGHT, J. D. Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, pp. 12–48, 2012.
- GLADER, M. *Innovation markets and competition analysis: EU competition law and U.S. antitrust law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2006.
- GOLDFARB, A. What is different about online advertising? *Review of Industrial Organization*, v. 44, n. 2, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-013-9399-3>.
- GOLDFARB, A.; TUCKER, C. Digital economics. *Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 1, pp. 3–43, 2019.
- GONÇALVES, P. B. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. São Paulo: Singular, 2010.
- GÖNENÇ GÜRKAYNAK, E. *Taking the lead in antitrust enforcement: evaluating innovation and technology*. 2019.
- GORMSEN, L. L. *A principled approach to abuse of dominance in european competition law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- GORMSEN, L. L. The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of article 82 EC. *European Competition Journal*, v. 1056, pp. 329–344, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5235/ecj.v3n2.329>.
- GRAEF, I.; WAHYUNINGTYAS, S. Y.; VALCKE, P. How Google and others upset competition analysis: disruptive innovation and European competition law. *Conference Paper 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS)*, Bruxelas, Bélgica, jun. 2014.
- GRAEF, I. *Data as essential facility: competition and innovation on online platforms*. 410 f. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculty of Law, 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/34662689.pdf>.
- GRAEF, I. Differentiated treatment in platform-to- business relations: EU competition law and economic dependence. *Yearbook of European Law*, v. 0, n. 0, pp. 1–52, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/yel/yez008>.
- GRAEF, I. *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2016.
- GRAEF, I. Market definition and market power in data: the case of online platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, pp. 473–506, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2657732>.
- GRAEF, I. Stretching EU competition law tools for search engines and social networks. *Internet Policy Review*, v. 4, n. 3, pp. 1–10, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.14763/2015.3.373>.
- GRANDY, C. Original intent and the Sherman Antitrust Act: a re-examination of the consumer

welfare hypothesis. *The Journal of Economic History*, pp. 359–376, 1993.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2017.

GREENSTEIN, S.; LERNER, J.; STERN, S. Digitization, innovation, and copyright: what is the agenda? *Strategic Organization*, v. 11, n. 1, pp. 110–121, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1476127012460940>.

GRIMMELMANN, J. The structure of search engine law. *Iowa Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1–64, 2007.

GRUNES, A. P.; STUCKE, M. E. No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data. *Antitrust Source*, pp. 1–15, abr. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051[http://files/244/Grunes und Stucke - No Mistake About It The Important Role of Antitru.pdf](http://files/244/Grunes%20and%20Stucke%20-%20No%20Mistake%20About%20It%20The%20Important%20Role%20of%20Antitrust.pdf)<http://files/243/papers.html>.

GÜRKAYNAK, G. *et. al.* Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 5, n. 1, pp. 100–129, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw007>.

HAGIU, A. Merchant or two-sided platform? *Review of Network Economics*, v. 6, n. 2, pp. 115–133, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.2202/1446-9022.1113>.

HAGIU, A.; WRIGHT, J. Marketplace or reseller? *Management Science*, v. 61, n. 1, p. 184–203, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1287/mnsc.2014.2042>

HAGIU, A.; WRIGHT, J. Multi-sided platforms. *Working Paper Harvard Business School*, 2015.

HANLEY, D. A. A topology of multisided digital platforms. *Connecticut Journal of International Law*, v. 19, n. 2, p. 80, 2020.

HANLEY, D. A. How self-preferencing can violate section 2 of The Sherman Act. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, v. 1, n. 1, pp. 1–9, jun. 2021.

HARTMAN, R. *et. al.* Assessing market power in regimes of rapid technological change. *Industrial and Corporate Change*, v. 2, n. 3, p. 317–350, 1993.

HAUCAP, J. Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist's view in light of the German Facebook decision. *Competition Policy International*, v. 1, pp. 1–9, fev. 2019.

HAUCAP, J. *et. al.* Modernizing the law on abuse of market power in the digital age: a summary of the report for the German Ministry for Economic Affairs and Energy. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, v. 6, n. 5, pp. 39–46, dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s41964-019-0147-8>.

HAUCAP, J.; STÜHMEIER, T. Competition and antitrust in internet markets competition and antitrust in internet markets. *In: Handbook on the economics of the internet network*. [s.l.: s.n.], 2016. pp. 183–210. Disponível em: <https://doi.org/DOI>.

HAYEK, F. A. Competition as a discovery procedure. *In: New studies in philosophy, politics and*

economics. Chicago: Chicago University Press, 2002. pp. 170–190.

HAYEK, F. A. *Individualism and economic order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.

HEMPHILL, C. S. Disruptive incumbents: platform competition in an age of machine learning. *New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper no. 19-48*, n. 19, pp. 1973–2000, 2019.

HEMPHILL, C. S.; WU, T. Nascent competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 1, pp. 1879–1912, 2020.

HERMALIN, B. E.; KATZ, M. L. What's so special about two-sided markets? *SSRN Electronic Journal*, v. 99, n. 4, pp. 302–308, 2016.

HIRSCH, D. D. The law and policy of online privacy: regulation, self-regulation, or co-regulation? *Seattle University Law Review*, v. 669, n. 1999, pp. 439–480, 2011.

HOFFMANN, J.; JOHANNSEN, G. EU-merger control & big data on data-specific theories of harm and remedies. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-05*, n. 19, 2019.

HOLZWEBER, S. *Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen: zur Anwendung von Art 102 AEUV auf mehrseitige Märkte in der Internetökonomie*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Economia e Negócios de Viena, Viena, 2017.

HOOFNAGLE, C. J.; WHITTINGTON, J. Free: accounting for the costs of the internet's most popular price. *UCLA Law Review*, v. 606, pp. 606–670, 2014.

HOPNER, T. Duty to treat downstream rivals equally: (merely) a natural remedy to Google's monopoly leveraging abuse. *European Competition and Regulatory Law Review*, v. 1, n. 3, pp. 208–222, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.21552/core/2017/3/8>.

HOVENKAMP, E. Platform antitrust. *Journal of Corporation law*, v. 1, n. 1, 2019.

HOVENKAMP, H. J. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. *Antitrust Law Journal*, v. 77, pp. 749–756, 2011.

HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, pp. 1952–2050, 2021.

HOVENKAMP, H. J. Antitrust and the design of production. *Cornell Law Review*, v. 103, n. 5, pp. 1155–1209, 2018.

HOVENKAMP, H. J. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 2, pp. 213–284, 1985. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1289065>

HOVENKAMP, H. J. Exclusion and the Sherman Act. *The University of Chicago Law Review*, v. 72, pp. 147–164, 2005.

HOVENKAMP, H. J. Implementing antitrust's welfare goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, pp. 2471–2496, 2013.

HOVENKAMP, H. J. Platforms and the rule of reason: the American Express case. *Columbia Business Law Review*, v. 37, n. 1, pp. 36–92, 2019.

HOVENKAMP, H. J. Restraints on innovation. *Cardozo Law Review*, v. 299, n. 1, pp. 247–260, 2007.

HOVENKAMP, H. J. Schumpeterian competition and antitrust. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 5, pp. 8–43, 2008.

HOVENKAMP, H. J. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

HOVENKAMP, H. J. The antitrust movement and the rise of industrial organization. *Texas Law Review*, v. 68, n. 1, p. 105, 1989.

HOVENKAMP, H. J. The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm. In: PITOFSKY, R. (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Nova Iorque: Oxford Univeristy Press, 2008. pp. 109–122. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195372823.003.0008>.

HOVENKAMP, H. J. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: *Post-Chicago developments in antitrust law*. Nova Iorque: Edward Elgar Publishing, 2002.

HOVENKAMP, H. J.; MORTTON, F. S. Framing the Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 7, pp. 1843–1878, 2020.

HOVENKAMP, H. J. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Academic Publishing, 2016.

HUNT, S. *A general theory of competition*. Nova Iorque: Sage, 2000.

HYLTON, K. N.; LIN, H. Innovation and optimal punishment, with antitrust applications. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 1, pp. 1–25, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nht027>.

IBÁÑEZ COLOMO, P. The future of article 102 TFEU after Intel. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–26, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3125468>.

JACOBIDES, M. G.; CENNAMO, C.; GAWER, A. Towards a theory of ecosystems. *Strategic Management Journal*, v. 39, n. 8, pp. 2255–2276, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/smj.2904>.

JACOBS, M. S. An Essay on the normative foundations of antitrust economics. *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 219, 1995.

JACOBSON, J.; SHER, S.; HOLMAN, E. Predatory innovation: an analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the context of Section 2 jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1, 2010. Disponível em: <https://www.wsgr.com/PDFSearch/sher1110.pdf>.

JENNY, F. Competition law and digital ecosystems: learning to walk before we run. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–47, mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3776274>.

JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, innovation and competitiveness*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992.

JORDE, T. M.; TEECE, D. J. Innovation, dynamic competition, and antitrust policy. *Regulation*, v. 13, n. 3–4, pp. 35–44, 1990.

JUST, N. Governing online platforms: competition policy in times of platformization. *Telecommunications Policy*, v. 42, n. 5, pp. 386–394, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2018.02.006>.

KALINTIRI, A. Analytical shortcuts in EU competition enforcement: proxies, premises, and presumptions. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 16, n. 3, pp. 392–433, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa013>.

KALINTIRI, A. *Evidence standards in EU competition enforcement: the EU approach*. Oxford: Hart Publishing, 2019.

KAPLOW, L. Why (ever) define markets? *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, n. 11, pp. 437–517, 2011.

KATHURIA, V. Platform competition and market definition in the U.S. AmEx case: lessons for economics and law. *European Competition Journal*, v. 1056, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17441056.2019.1644578>.

KATSOULACOS, Y. On the concepts of legal standards and substantive standards (and how the latter influences the choice of the former). *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 3, pp. 365–385, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz011>.

KATZ, M. L.; HOWARD, A. Mergers and innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 1, pp. 1–67, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0003603X18822576>.

KATZ, M. L. Exclusionary conduct in multi-sided markets. In: *OCDE rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018. pp. 101–130.

KATZ, M. L. Multisided platforms, big data, and a little antitrust policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 695–716, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09683-9>.

KATZ, M. L. Platform economics and antitrust enforcement: a little knowledge is a dangerous thing. *Journal of Economics and Management Strategy*, v. 28, n. 1, pp. 138–152, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/jems.12304>

KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Network externalities, competition, and compatibility. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3, pp. 424–440, 1985. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1814809>.

KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. Systems competition and network effects. *Journal of Economic*

Perspectives, v. 8, n. 2, pp. 93–115, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/jep.8.2.93>.

KATZ, M. L.; SHELANSKI, H. A. "Schumpeterian" Competition and antitrust policy in high-tech markets. *Competition*, v. 14, pp. 1–47, 2005.

KATZ, M.; SALLET, J. Multisided platforms and antitrust enforcement. *Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, pp. 2142–2175, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3131933>.

KERBER, W. Competition, innovation, and competition law: dissecting the interplay. *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, v. 42, pp. 1–27, 2017.

KERBER, W.; KERN, B. R. Assessing innovation effects in U.S. merger policy: theory, practice, recent discussions, and perspectives. *SSRN Eletronic Journal*, pp. 1–56, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2983098>.

KERN, B. R. Innovation markets, future markets, or potential competition: how should competition authorities account for innovation competition in merger reviews? *World Competition Law and Economics Review*, v. 37, n. 2, pp. 173–206, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2380130>.

KEYTE, J. A. Market definition and differentiated products: the need for a workable standard. *Antitrust Law Journal*, v. 63, n. 3, pp. 697–748, 1995.

KHAN, L. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 1, pp. 973–1093, 2019.

KHAN, L. M. Amazon's antitrust paradox. *Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, pp. 710–805, 2017.

KIRKWOOD, J. B. Antitrust and two-sided platforms: the failure of American Express. *Cardozo Law Review*, v. 41, n. 1, pp. 1805–1858, 2020.

KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–52, 2021.

KIRZNER, I. M. *Competition and entrepreneurship*. Chicago: Chicago University Press, 1973.

KIRZNER, I. M. *The meaning of market process: essays in the development of modern Austrian economics*. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2001.

KIVINIEMI, H. *Web-scraping as a competition law offence*. 64 f. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Tecnologia) - Universidade de Tilburg, Holanda, 2019.

KLIMOWICZ, H. S. Reinvigorating the perceived potential competition theory: an analysis of the potential competition doctrine and FTC v. Steris Corp. *Seton Hall Law Review*, v. 18, n. 2012, pp. 173–204, 2018.

KOKKORIS, I. Innovation considerations in merger control and unilateral conduct enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 8, n. 1, pp. 56–85, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz021>.

KÖRBER, T. Analoges Kartellrecht für digitale Märkte? *WUW: Wirtschaft und Wettbewerb*, v. 65,

n. 2, pp. 120–132, 2015.

KOVACIC, W. E.; SHAPIRO, C. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, pp. 43–60, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/jep.14.1.43>.

KWOKA, J. Eliminating potential competition. *Competition Law and Policy*, v. 1437, n. 1956, pp. 1437–1454, 2008.

KWOKA, J. E. Non-incumbent competition: mergers involving constraining and prospective competitors. *Case Western Reserve Law Review*, v. 52, n. 1, 2001.

LAITENBERGER, J. EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective. *Discurso realizado pelo Diretor-Geral de Competição do DG Comp em 11 de outubro de 2017*, p. 12, 2017.

LAMBRECHT, A.; TUCKER, C. E. Can big data protect a firm from competition? *CPI Antitrust Chronicle*, v. 76, pp. 1–4, jan. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2705530>.

LANDE, R. H. A Traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, pp. 2349–2403, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2205175>.

LANG, J. T.; O'DONOGHUE, R. The concept of an exclusionary abuse under article 82 EC. *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, v. 1, pp. 38–65, jul. 2005.

LANG, J. T. *et. al.* Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under article 82 EC. *Fordham International Law Journal*, v. 26, n. 1, pp. 83–162, 2002.

LAO, M. No-fault digital platform monopolization. *William & Mary Law Review*, v. 61, n. 3, pp. 755–814, 2020.

LAROUCHE, P. The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation: comment on Ahlborn and Evans. *Antitrust Law Journal*, v. 75, n. C 171, pp. 933–963, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

LAROUCHE, P.; SCHINKEL, M. P. Continental drift in the treatment of dominant firms: article 102 TFEU in contrast to § 2 sherman Act. In: BLAIR, R.; SOKOL, D. *The Oxford handbook of international antitrust economics*. v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 153–188. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2293141>.

LASSERRE, B.; MUNDT, A. Competition law and big data: the enforcers' view. *Italian Antitrust Review*, v. 1, pp. 87–103, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12870/iar-12607>.

LERNER, A. V. The role of "big data" in online platform competition. *SSRN Electronic Journal*, 2014.

LEURQUIN, P. *Proteção da inovação pelo direito da concorrência*. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2021.

LI, J. Is online media a two-sided market? *Computer Law and Security Review*, v. 31, n. 1, pp. 99–111, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2014.11.001>.

LIANOS, I. Categorical thinking in competition law and the 'effects-based' approach in article 82 EC. *Article 82 EC: reflections on its recent evolution*, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.5040/9781472560605.ch-002>.

LIANOS, I. Competition law for a complex economy. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 50, n. 6, pp. 643–648, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00829-6>.

LIANOS, I. Competition law for the digital era: a complex systems' perspective. *CLES Research Paper Series 6/2019*, v. 1, n. 1, p. 163, 2019.

LIANOS, I. Digitalisation and competition law: new challenges. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 7, pp. 1–50, 2019.

LIANOS, I.; CARBALLA, B. Economic power and new business models in competition law and economics: ontology and new metrics. *Centre for Law, Economics and Society Research Paper Series: 3/2021*, v. 1, n. 1, pp. 1–46, 2021.

LIANOS, I.; KORAH, V.; SICILIANI, P. *Competition law: analysis, cases & materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

LIANOS, I.; MOTCHENKOVA, E. Market dominance and search quality in the search engine market. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, pp. 419–455, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs037>.

LIEBOWITZ, S. J.; MARGOLIS, S. E. Path dependence, lock-in, and history. *Journal of Law, Economics and Organization*, pp. 205–226, abr. 1995. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1706450>.

LIEBOWITZ, S.; MARGOLIS, S. E. Network effects and the Microsoft Case. *In: Dynamic competition and public policy: technology, innovation, and antitrust issues*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. pp. 160–193.

LILA, P. E. de C. *Direitos de propriedade intelectual e o controle das práticas restritivas da concorrência à luz do acordo TRIPS/OMC*. 345 f. 2013. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

LIM, Y. Tech Wars: Return of the conglomerate: throwback or dawn of a new series for competition in the digital era? *Journal of Korean Law*, v. 19, pp. 47–62, fev. 2020.

LIND, R.; MUYSSERT, P.; WALKER, M. Innovation and competition policy. *Economic Discussion Paper*, n. 3, pp. 1–164, mar. 2002.

LUCHETTA, G. Is the Google Platform a two-sided market? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 1, pp. 185–207, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nht026>.

MACCARTHY, M. Privacy as a parameter of competition in merger reviews. *Federal*

Communications Law Journal, v. 72, n. 1, pp. 1–44, 2020.

MACHOVEC, F. M. *Perfect competition and the transformation of economics*. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 1995. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9780203429259>.

MAGALHÃES, G. A. C. de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão*. Legislação e jurisprudência. São Paulo: Artenuva, 1975.

MÄIHÄNIEMI, B. *Competition law and big data: imposing access to information in digital markets*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020.

MÄIHÄNIEMI, B. The role of innovation in the analysis of abuse of dominance in digital markets: the analysis of chosen practices of Google Search. *Market and Competition Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 111–143, 2017.

MAŁOBEŃKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Uniwersytet Warszawski, 2019.

MANCINI, J. *Considering non-price effects in merger control*. Paris: OCDE, 2018.

MANCINI, J.; VOLPIN, C. Quality considerations in digital zero-price markets. *OECD Background Paper DAF/COMP(2018)14*, p. 46, 2018. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/quality-considerations-in-the-zero-price-economy.htm.

MANNE, G. A. In defence of Supreme Court's "single market" definition in *Ohio v American Express*. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 1, pp. 104–117, 2019.

MANNE, G. A. Why U.S. antitrust law should not emulate European competition policy. *Statement on a comparative look at competition law approaches to monopoly and abuse of dominance in the U.S. and EU before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights*, pp. 1–63, 2018.

MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. *Competition policy and patent law under uncertainty: regulating innovation*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. Google and the limits of antitrust: the case against Google. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 34, n. 1, pp. 171–244, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1577556>.

MARTENS, B. *An economic policy perspective on online platforms*. Bruxelas: European Commission Report, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2783656>.

MASON, E. S. *Economic concentration and the monopoly problem*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1957.

MASON, E. S. Price and Production policies of large-scale enterprise. *The American Economic Review*, v. 29, n. 1, pp. 61–74, 1939.

MCGOWAN, D. Innovation, uncertainty, and stability in antitrust law. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 16, n. 2, pp. 729–811, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38DM4N>.

MEHRA, S. K. Competition law for a post-scarcity world. *Texas A&M Law Review*, v. 4, n. 1, pp. 1–39, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.37419/lr.v4.i1.1>.

MELAMED, A. D.; PETIT, N. The misguided assault on the consumer welfare standard in the age of platform markets. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, pp. 741–774, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09688-4>.

MELAMED, B. A. D. Exclusionary conduct under the antitrust laws: balancing, sacrifice, and refusals to deal. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 398, n. 2004, pp. 1247–1267, 2005.

MENGER, C. *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*. Viena: Wilhelm Braumüller, 1871. Disponível em: <https://doi.org/10.5860/choice.45-0637>.

MISES, L. von. *Human action: a treatise on economics*. New Haven: Yale University Press, 1996.

MODRALL, J. Big data and merger control in the EU. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 9, pp. 569–578, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy062>.

MONTI, G. Attention intermediaries: regulatory options and their institutional implications. *TILEC Discussion Paper No. DP2020-018*, p. 0–41, 2020.

MOORE, J. F. Business ecosystems and the view from the firm. *The Antitrust Bulletin*, v. 51, n. 1, pp. 31–75, 2006.

MORTON, F. M. S.; DINIELLI, D. C. *Roadmap for an antitrust case against Facebook*. New Haven: [s.n.], 2020.

MÖSCHEL, W. Competition policy from an ordo point of view. In: PEACOCK, A.; WILLGERODT, H. (ed.) *German neoliberals and the social market economy*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 1989. pp. 1–253.

MOTTA, M. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MOTTA, M.; SALGADO, L. H. *Política de concorrência: teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. São Paulo: Elsevier, 2015.

MÜLLER-ARMACK, A. Darlegungen des Sprechers der deutschen Delegation zu den Entwürfen der Artikel 40-43, 08.09.56. In: SCHULZE, R.; HOEREN, T. *Dokumente Zum Europäischen Recht - Band 3 - Kartellrecht (Bis 1957)*. Berlin: Springer International Publishing, 2000. pp. 167–168.

MUNDT, A. Sixty years and still exciting: the Bundeskartellamt in the digital era. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 6, n. 1, pp. 1–4, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jny002>.

NAMBISAN, S. *et. al.* Digital innovation management: reinventing innovation management research in a digital world. *MIS Quarterly: Management Information Systems*, v. 41, n. 1, pp. 223–

238, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.25300/MISQ/2017/411.03>.

NAZZINI, R. Google and the (ever-stretching) boundaries of article 102 TFUE. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 6, n. 5, pp. 301–314, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpv019>.

NAZZINI, R. Online platforms and antitrust: evolution or revolution? *CPI Antitrust Chronicle*, v. 5, n. 5, pp. 1–16, set. 2018.

NAZZINI, R. Online platforms and antitrust: where do we go from here? *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2015, pp. 5–22, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12870/iar-12869>.

NAZZINI, R. *The foundations of European Union law: the objective and principles of article 102*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

NELSON, R. R.; WINTER, S. G. *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2393143>.

NETO, C. M. da S. P.; CASAGRANDE, P. L. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NETO, C. M. da S. P.; GERADIN, D. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes*. São Paulo: CEDES: Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, 2013.

NEWMAN, J. M. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 681–734, 2012.

NEWMAN, J. M. Antitrust in attention markets: objections and responses. *Santa Clara Law Review*, v. 59, n. 3, pp. 743–769, 2020.

NEWMAN, J. M. Antitrust in digital markets. *Vanderbilt Law Review*, v. 72, n. 5, pp. 1497–1561, 2019.

NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, v. 94, n. 1, 2016.

NEWMAN, J. M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 149–206, 2015.

NEWMAN, J. M. The myth of free. *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 2, pp. 513–586, 2018.

NEWMAN, J. M. Understanding the zero-price economy: we're the producers, not the consumers. *Le Concurrentialiste Journal of Antitrust Law*, pp. 1–5, 2019.

NEWMAN, N. Search, antitrust, and the economics of the control of user data. *Yale Journal on Regulation* *Yale Journal on Regulation Article*, v. 31, n. 5, p. 55, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2309547>.

NIELS, G. Transaction versus non-transaction platforms: a false dichotomy in two-sided market

definition. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 15, n. 2–3, pp. 327–357, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhz016>.

NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

NIHOUL, P. The ruling of the General Court in Intel : towards the end of an effect-based approach in European competition law? *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 5, n. 8, pp. 521–530, 2014.

NORBERG, P. A.; HORNE, D. R.; HORNE, D. A. The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors. *The Journal of Consumer Affairs*, v. 41, n. 1, pp. 100–126, 2007.

O'DONOGHUE, R.; PADILLA, J. A. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.

OCELLO, E.; SJÖDIN, C.; SUBOČS, A. What's up with merger control in the digital sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case. *Competition Merger Brief*, v. 1, n. 1, pp. 1–7, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.2763/257693>.

OFFICE OF FAIR TRADING. *Competing on quality: literature review*. Londres: [s.n.], 2014.

OLIVEIRA, M. N. de. Concorrência potencial: teoria do dano ou futurologia? *Revista do IBRAC*, v. 23, n. 2, pp. 21–39, 2017.

ORBACH, B. Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, pp. 133–164, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhq019>.

ORBACH, B. Y.; REBLING, G. C. The antitrust curse of bigness. *Southern California Law Review*, v. 85, n. 3, p. 605, 2012.

ORDOVER, J.; BAUMOL, W. Antitrust policy and high-technology industries. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 4, n. 4, pp. 13–34, 1988.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. Paris: OECD Publishing, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Big data: bringing competition policy to digital era. *Background paper by the Secretariat*. Paris: [s.n.], 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Data-driven innovation*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Data-

driven innovation for growth and well-being. *Interim Synthesis Report*. 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Digital advertising market. *Background Note by the Secretariat. DAF/COMP/WP2(2020)3*, v. 2, out. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-digital-advertising-markets.htm>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Dynamic efficiencies in merger analysis. *OECD Policy Roundtables Discussion Papers*, pp. 1–295, 2007.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Executive Summary of the Discussion on Quality Considerations in the Zero-Price Economy*. [s.l.: s.n.], 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Key points of the hearing on disruptive innovation. *Background Paper by the Secretariat*, v. 66, n. 2, p. 13021, 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Merger control in dynamic markets*. Paris: OECD Publishing, 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *New sources of growth: knowledge-based capital key analyses and policy conclusions*. Paris: OECD Publishing, 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Quality considerations in the zero-price economy. *Note by the European Union. DAF/COMP/WD(2018)135*, 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Revisões por pares da OCDE sobre legislação e política de concorrência no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *The digital economy*. Paris: OECD Publishing, 2012.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. The role and measurement of quality in competition analysis. *OCDE Policy Roundtables*, v. 115, n. 2, p. 230, 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Two-sided markets. *Policy Roundtables*, pp. 1–248, 2009.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; GABINETE DE ESTATÍSTICAS DA UNIÃO EUROPEIA. *Oslo Manual 2018: guidelines for collecting, reporting and using data on innovation*. Paris: OECD Publishing, 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO;

GABINETE DE ESTATÍSTICAS DA UNIÃO EUROPEIA. *Oslo Manual: guidelines for collecting and interpreting innovation data: a joint publication of OECD and Eurostat*. Paris: OECD Publishing, 2005.

PAGE, W. H. The Chicago School and the evolution of antitrust: characterization, antitrust injury and evidentiary sufficiency. *Virginia Law Review*, v. 75, n. 7, pp. 1221–1308, 1989.

PAGE, W. H. The scope of liability for antitrust violations. *Stanford Law Review*, v. 37, n. 6, pp. 1445–1512, 1985.

PAIS, S. O. *Entre inovação e concorrência: em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

PANNER, A. M. Market definition and anticompetitive effects in *Ohio v. American Express*. *The Yale Law Journal*, v. 2274, pp. 608–621, 2021.

PANZAR, J. C.; WILLIG, R. D. Economies of scope. *The American Economic Review*, v. 71, n. 2, pp. 268–272, 1981.

PARKER, G. G.; VAN ALSTYNE, M. W. Two-sided network effects: a theory of information product design. *Management Science*, v. 51, n. 10, pp. 1494–1504, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1287/mnsc.1050.0400>.

PASQUALE, F. Privacy, antitrust and power. *George Mason Law Review*, v. 20, n. 4, pp. 1009–1024, 2013.

PEITZ, M. Economic policy for digital attention intermediaries. *ZEW Discussion Paper*, v. 20–035, n. 20, pp. 1–58, 2020.

PENROSE, E. *The theory of the growth of the firm*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/s0024-6301\(96\)90295-2](https://doi.org/10.1016/s0024-6301(96)90295-2).

PEREIRA NETO, C. M. da S.; LANCIERI, F. M. Towards a layered approach to relevant markets in multi-sided transaction platforms. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–56, 2020.

PETIT, N. *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

PETIT, N. Big tech platforms and Schumpeter's creative destruction. *Pro-Market*, 2020.

PETIT, N. Innovation competition, unilateral effects and merger control policy. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–51, jul. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3113077>.

PETIT, N. Technology giants, the "moligopoly" hypothesis and holistic competition: a primer. *SSRN Electronic Journal*, n. October, p. 1–76, 2016.

PETIT, N. Theories of self-preferencing under article 102 TFEU: a reply to Vesterdorf. *Competition Law & Policy Debate 1 CLPD*, v. 1, pp. 1–18, 2014.

PETIT, N.; TEECE, D. J. Big tech, big data, and competition policy: favoring dynamic over static

competition. *Industrial and Corporate Change*, n. 1, pp. 1–31, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3229180>.

PETROPOULOS, G. Competition economics of digital ecosystems. *Submissão para o 134º encontro do Comitê de Concorrência da OCDE*, nov. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>.

PLEATSIKAS, C.; TEECE, D. The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, pp. 665–693, 2001.

PODSZUN, R. The arbitrariness of market definition and an evolutionary concept of markets. *The Antitrust Bulletin*, v. 61, n. 1, pp. 121–132, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0003603x15625109>.

POLVERINO, F. Hunting the wild geese: competition analysis in a world of "free". *Concorrenza e Mercato*, v. 1, n. 1, p. 1–25, 2012.

PORTER, M. E. The five competitive forces that shape strategy. *Harvard Business Review*, v. 86, n. 1, pp. 24–41, 2008.

POSNER, R. A. Antitrust in the new economy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, v. 68, n. 106, pp. 1–11, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.249316>.

POSNER, R. A. Next step in the antitrust treatment of restricted distribution: *per se* legality. *The University of Chicago Law Review*, v. 48, n. 1, pp. 6–26, 1981.

POSNER, R. A. The Chicago School of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 4, pp. 925–948, 1979. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3311787>.

POSSAS, M. L. Economia evolucionária neo-schumpeteriana: elementos para uma integração micro-macrodinâmica. *Estudos Avançados*, v. 22, n. 63, pp. 281–305, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142008000200021>.

POSSAS, M. L.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. *Revista de Direito Econômico*, v. 1, n. 22, pp. 1–31, 1996. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php>.

PRAT, A.; VALLETTI, T. M. Attention oligopoly. *SSRN Electronic Journal*, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3197930>.

PRIEST, G. L. Rethinking antitrust law in an age of network industries. *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 352, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/paper=1031166>.

RAGAZZO, C. E. J.; MONTEIRO, G. Big data e concorrência: fases de atuação do regulador antitruste americano e europeu. [s.l.]: 2018. pp. 210–237.

RATLIFF, J. D.; RUBINFELD, D. L. Is there a market for organic search engine results and can their manipulation give rise to antitrust liability? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 10, n. 3, pp. 517–541, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu013>.

REVERDIN, V. M. K. Abuse of dominance in digital markets: can Amazon's collection and use of third-party sellers' data constitute an abuse of a dominant position under the legal standards developed by the European Courts for article 102 TFEU? *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 12, n. 3, pp. 181–199, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab016>.

REY, P. *et. al. Report "An economic approach to article 82"*: Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP). [s.l.: s.n.]: 2005.

REYNOLDS, M.; BEST, C. Article 102 and innovation: the journey since Microsoft. *Paper apresentado na 39 Conferência Anual de Fordham sobre International Antitrust Law and Policy*, v. 1, n. 1, pp. 1–23, 2012.

ROBERTSON, V. H. S. E. Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–25, 2020.

ROBERTSON, V. H. S. E. *Competition law's innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Nova Iorque: Hart Publishing, 2020.

ROBERTSON, V. H. S. E. Delineating digital markets under EU competition law: challenging or futile? *The Competition Law Review*, v. 12, n. 2, pp. 131–151, 2017.

ROBERTSON, V. H. S. E. *Excessive data collection: privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data data collection through third-party tracking*. pp. 1–19, jun. 2019.

ROBINSON, J. *The economics of imperfect competition*. 2. ed. Macmillan: ST Martin's Press, 1969.

ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, pp. 990–1029, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1109/SISPAD.2008.4648258>.

ROCHET, J. C.; TIROLE, J. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, pp. 645–667, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2006.tb00036.x>.

RUBINFELD, D. L. Antitrust enforcement in dynamic network industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 3–4, pp. 859–882, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0003603x9804303-407>.

RUBINFELD, D. L.; GAL, M. Access barriers to big data. *Arizona Law Review*, v. 59, pp. 339–381, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2830586>.

RUBINFELD, D. L.; GAL, M. The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 2, pp. 521–562, 2016. Disponível em: https://works.bepress.com/daniel_rubinfeld/52/.

RYSMAN, M. The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, v. 23, n. 3, pp. 125–143, 2009.

SAITO, L. *Antitruste e novos negócios na internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?* 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito,

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SALINGER, M. A.; LEVINSON, R. J. Economics and the FTC's Google Investigation. *Review of Industrial Organization*, v. 46, n. 1, pp. 25–57, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-014-9434-z>.

SALOMÃO FILHO, C. A paralisia do antitruste. In: *Estudos de direito econômico e economia da concorrência: em homenagem ao prof. dr. Fábio Nusdeo*. [s.l.: s.n.], 2009.

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

SALOMÃO FILHO, C. *Teoria crítico-estruturalista do direito concorrencial*. Madri: Marcial Pons, 2015.

SALOP, S. C. Exclusionary conduct, effect on consumers, and the flawed profit-sacrifice standard. *Antitrust Law Journal*, v. 73, n. 2, pp. 311–374, 2006.

SAMIMI, B. The antitrust impact of venture capital firms on concentration in the technology sector. *Hastings Science and Technology Law Journal*, v. 11, n. 2, p. 23, 2020.

SANCHEZ-CARTAS, J. M.; LEON, G. Multisided platforms and markets: a literature review. *CAIT Working Papers*, pp. 1–62, maio 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.28475.31529/1>.

SCHERER, F. M. Technological innovation and monopolization. *Faculty Research Working Papers Series Technological: Harvard University*, out. 2007.

SCHMIDT, I.; HAUCAP, J. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine interdisziplinäre Einführung*. Munique: Oldenbourg Verlag, 2013.

SCHREPEL, T. Frederich Hayek's contribution to antitrust law and its modern application. *Global Antitrust Review*, pp. 199–216, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2548420>.

SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, pp. 19–73, 2018.

SCHREPEL, T. *Why you are not paying with your data*. pp. 10–12, 2019.

SCHUARTZ, L. F. A Desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, pp. 1–26, 2009.

SCHUMPETER, J. A. *Business cycles: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process*. Nova Iorque: McGraw Hill, 1939.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, socialism, democracy*. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/20048211>.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalization, socialism and democracy*. 6. ed. Londres; Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group, 2006.

SCHWALBE, U. Market definition in the digital economy: an overview of EU and national case law. *Concurrences Antitrust Case Laws e-Bulletin Market*, v. 1, n. 1, pp. 1–10, 2019.

SCHWEITZER, H.; FETZER, T.; PEITZ, M. Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen. *ZEW Discussion Papers*, v. 16–042, pp. 1–73, 2016.

SCHWEITZER, H. *et. al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. n. 66, 2018.

SCHWEITZER, H. Parallels and differences in the attitudes towards single-firm conduct: what are the reasons? The history, interpretation and underlying principles of sec. 2 Sherman Act and art. 82 EC. *EUI LAW Working Paper No. 2007/32*, n. 1, pp. 1–47, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1093248>.

SHAPIRO, C. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, pp. 361–404, mar. 2011. Disponível em: <http://www.nber.org/books/lern11-1>.

SHELANSKI, H. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1663–1705, 2013a.

SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, pp. 1663–1705, 2013b.

SHELANSKI, H. A.; SIDAK, J. G. Antitrust divestiture in network industries. *The University of Chicago Legal Forum*, v. 68, n. 1, pp. 1–99, 2001.

SHIEBER, B. M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SIDAK, J. G. Debunking predatory innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 1, pp. 1121–1149, 1983.

SIDAK, G. J.; TEECE, D. J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, pp. 581–631, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhp024>.

SILVEIRA, P. B. da. *Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOKOL, D.; COMERFORD, R. E. Antitrust and regulating big data. *George Mason Law Review*, v. 23, n. 119, pp. 1129–1161, 2016.

SOKOL, D.; MA, J. M. Understanding online markets and antitrust analysis. *Northwestern University Law Review*, v. 15, n. 1, pp. 43–52, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2813855>.

SOKOL, D. Troubled waters between U.S. and European antitrust. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 6, 2017.

SOLOVE, D. J. Conceptualizing privacy. *California Law Review*, v. 90, n. 1, pp. 1087–1156, 2005.

SOLOVE, D. J. The myth of the privacy paradox. *GW Legal Studies Research Paper No. 2020-10*, v. 1, n. 20, pp. 1–46, 2020.

SORESCU, A. Data-driven business model innovation. *Journal of Product Innovation Management*, v. 34, n. 5, pp. 691–696, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/jpim.12398>.

SPIEKERMANN, S.; KORUNOVSKA, J. Towards a value theory for personal data. *Journal of Information Technology*, pp. 1–23, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/jit.2016.4>.

SPULBER, D. F. Unlocking technology: antitrust and innovation. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 1, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019.

STREEL, A.; LAROUCHE, P. Disruptive innovation and competition policy enforcement. *OECD Working Paper DAF/COMP/GF*, p. 1–5, 2015.

STUCKE, M. E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, v. 275, pp. 1–52, 2018. Disponível em: <https://www.georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2018/07/2.2-Marwick-pp-474-512.pdf>.

STUCKE, M. E.; EZRACHI, A. When competition fails to optimize quality: a look at search engines. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 18, n. 1, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2598128>.

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

STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. Debunking the myths over big data and antitrust. *CPI Antitrust Chronicle*, v. 2015, p. 10, maio 2015.

STYLIANOU, K. Exclusion in digital markets. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, v. 24, n. 2, pp. 181–252, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2963648>.

SUBRAMANIAM, M. Digital ecosystems and their implications for competitive strategy. *Journal of Organization Design*, v. 9, n. 12, pp. 1–10, 2020.

SWIRE, P. Protecting consumers: privacy matters in antitrust analysis. *Center for American Progress*, 2007. Disponível em: <https://www.americanprogress.org/issues/economy/news/2007/10/19/3564/protecting-consumers-privacy-matters-in-antitrust-analysis/>.

TEECE, D. J. *Dynamic capabilities and strategic management*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. Disponível em: [https://doi.org/http://dx.doi.org/10.1002/\(SICI\)1097-0266\(199708\)18:7<509::AID-SMJ882>3.0.CO;2-Z](https://doi.org/http://dx.doi.org/10.1002/(SICI)1097-0266(199708)18:7<509::AID-SMJ882>3.0.CO;2-Z).

TEECE, D. J. Favoring dynamic over static competition: implications for antitrust analysis and policy. In: MANNE, G. A.; WRIGHT, J. D. (org.). *Competition policy and patent law under*

uncertainty: regulating innovation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011. pp. 203–228.

TEECE, D. J. Innovation, governance, and capabilities: implications for competition policy. *Industrial and Corporate Change*, v. 29, n. 5, pp. 1075–1099, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icc/dtaa043>.

TEECE, D. J. Next-generation competition: new concepts for understanding how innovation shapes competition and policy in the digital economy. *Journal of Law, Economics & Policy*, v. 9, n. 1, pp. 97–118, 2012.

TEECE, D. J.; COLEMAN, M. The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries. *The Antitrust Bulletin*, v. 43, n. 1, pp. 801–857, 1998.

TEECE, D. J.; LINDEN, G. Business models, value capture, and the digital enterprise. *Journal of Organization Design*, v. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s41469-017-0018-x>.

TEECE, D. J.; PISANO, G.; SHUEN, A. Dynamic capabilities. *Strategic Management Journal*, v. 18, pp. 509–533, abr. 1997. Disponível em: https://doi.org/10.1057/978-1-349-94848-2_689-1.

TEMPINI, N. Till data do us part: understanding data-based value creation in data-intensive infrastructures. *Information and Organization*, v. 27, n. 4, pp. 191–210, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.infoandorg.2017.08.001>.

THÉPOT, F. Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets. *World Competition Law and Economics Review*, v. 36, n. 2, p. 195–221, 2013.

THÉPOT, F. Market power in online search and socialnetworking: a matter of two-sided markets. *CLES Working Paper Paper Series 4/2012*, p. 23, 2012.

TODD, P. F. Intra-platform exclusion in software markets. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 6, n. 3, pp. 409–436, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jny009>.

TODINO, M.; VAN DE WALLE, G.; STOICAN, L. EU merger control and harm to innovation: a long walk to freedom (from the chains of causation). *Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 1, pp. 11–30, 2018.

TODOROV, F. R.; TORRES FILHO, M. M. History of competition policy in Brazil: 1930–2010. *The Antitrust Bulletin*, v. 57, n. 2, pp. 207–257, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0003603X1205700202>.

TOMA, F. I. The challenges of digital markets for EU competition law: the case of Android. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–28, abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3092823>.

TOU, Y. *et. al.* The transformation of R&D into neo open innovation: a new concept in R&D endeavor triggered by Amazon. *Technology in Society*, v. 58, mar. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2019.05.005>.

TROILO, G.; LUCA, L. M. De; GUENZI, P. Linking data-rich environments with service innovation in incumbent firms: a conceptual framework and research propositions. *Journal of Product Innovation Management*, v. 34, n. 5, pp. 617–639, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/jpim.12395>.

TUCKER, C. Digital data, platforms and the usual [antitrust] suspects: network effects , switching costs, essential facility. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 1, pp. 683–694, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09693-7>.

TUCKER, D.; WELLFORD, H. B. Big mistakes regarding big data. *Antitrust Source*, v. 2973, pp. 1–12, dez. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices. *Press release*, nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Case M.7217: Facebook/WhatsApp. *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*, p. 36, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Caso AT.39740: Google Search (Shopping). Bruxelas: 2017. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 13.05.2009 relating to a proceeding under article 82 of the EC Treaty and article 54 of the EEA Agreement (COMP/C-3/37.990 - Intel)*.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns: questions and answers*. [s.l.: s.n.]: 2013.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission staff working document: online platforms*. Bruxelas: Accompanying the document communication on online platforms and the digital single market, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *DG competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses*. [s.l.: s.n.]: 2005.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82 do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*, pp. 7–20, 2009.

VAN CLEYNENBREUGEL, P. Innovation in competition law analysis: making sense of on-going academic and policy debates. In: NIHOUL, P.; VAN CLEYNENBREUGEL, P. *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. pp. 2–12. Disponível em: <https://doi.org/10.4337/9781788972444.00009>.

VAN DAMME, E. *et. al.* Mergers in two-sided markets: a report to the NMa. *Netherlands Competition Authority*, pp. 1–183, jun. 2010.

VANBERG, A. D. From Archie to Google: search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law. *European Journal of Law and Technology*, v. 3, n. 1, pp. 1–18,

2012. Disponível em: <http://ejlt.org/article/view/115>.

VENÂNCIO FILHO, A. Abuso do poder econômico. *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. VII, n. 1, pp. 29–62, 1964.

VERHAERT, J. The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the market for search engines as part of the new economy and the implications for the Google-Case. *SSRN Electronic Journal*, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2340958>.

VERSAGER, M. *Competition: the mother of invention*. [s.l.: s.n.], 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-mother-invention_en.

VESALA, J. Protecting innovation from unfair practices. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. pp. 50–77.

VESTERDORF, B. Theories of self-preferencing and duty to deal: two sides of the same coin? *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 1, pp. 4–9, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.4337/clpd.2015.01.01>.

VEZZOSO, S. Amazon and the law of the jungle. *CPI Antitrust Chronicle: Multi-sided markets and consumer harm*, pp. 33–37, dez. 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/12/CPI-Vezzoso.pdf>.

VICKERS, J. Abuse of market power. *The Economic Journal*, v. 115, n. 504, pp. 244–261, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0297.2005.01004.x>.

VOCKE, J. C. *Der kartellrechtliche Marktbegriff und unentgeltliche Leistungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021.

VOLMAR, M. *Digitale Marktmacht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.

VOLMAR, M. Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, v. 15, n. 4, pp. 386–408, 2017.

WAELBROECK, D. Michelin II: a *per se* rule against rebates by dominant companies? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 1, pp. 149–171, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhi001>.

WAGNER, C.; JAIN, R. K. Technology in society rethinking industrial research, development and innovation in the 21st century. *Technology in Society*, pp. 1–7, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2013.12.005>.

WAKABAYASHI, D. *A former Google Executive takes aim at his old company with a start-up*. [s.l.: s.n.], 2020.

WALLER, S. W. Antitrust and social networking. *North Carolina Law Review*, v. 90, pp. 1771–1805, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

WALLER, S. W.; SAG, M. Promoting innovation. *Iowa Law Review*, v. 100, n. 5, pp. 2223–2247,

2015.

WARDHAUGH, B. *Competition, effects and predictability: rule of law and the economic approach to competition*. Oxford: Hart Publishing, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5040/9781509926084>.

WASASTJERNA, M. *Competition, data and privacy in the digital economy: towards a privacy dimension in competition policy?* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2020.

WATANABE, C.; TOU, Y. Transformative direction of R&D: lessons from Amazon's endeavor. *Technovation*, v. 88, pp. 5–7, maio 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.technovation.2019.05.007>.

WEN, W.; ZHU, F. Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses: Evidence from the Mobile App Market. *Strategic Management Journal*, pp. 1336–1367, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2848533>

WERDEN, G. J. The history of antitrust market delineation. *Marquette Law Review*, v. 76, n. 1, pp. 123–215, 1992.

WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. Antitrust and tech: Europe and The United States differ, and it matters. *CPI Antitrust Chronicle*, pp. 1–6, out. 2019.

WEYL, E. G. A price theory of multi-sided platforms: a price theory of multi-sided platforms. *The American Economic Review*, v. 100, n. 4, pp. 1642–1672, 2015.

WEYL, E. G. Price theory. *Journal of Economic Literature*, v. 57, n. 2, pp. 329–384, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/JEL.20171321>.

WISMER, S.; RASEK, A. Market definition in multi-sided markets. *OECD hearing on re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets*, nov. 2017.

WRIGHT, J. One-sided logic in two-sided markets. *Review of Network Economics*, v. 3, n. 1, pp. 44–64, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.2202/1446-9022.1042>.

WRIGHT, J. D. Antitrust, multi-dimensional competition, and innovation: do we have an antitrust-relevant theory of competition now? *In: Regulating innovation: competition policy and patent law under uncertainty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 9–44.

WRIGHT, J. D.; MUNGAN, M. C. The easterbrook theorem : an application to digital markets. *The Yale Law Journal Forum*, v. 617, pp. 622–646, 2021.

WU, T. *The attention merchant: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Vintage Books, 2016.

WU, T. Blind spot: the attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2941094>.

WU, T. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, pp. 313–328, 2012.

WU, T. The American Express opinion, the rule of reason, and tech platforms. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 7, n. 1, pp. 117–127, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz003>.

WU, T. *The curse of bigness: antitrust in the new gilded age*. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018.

YOO, C. S. The post-Chicago antitrust revolution: a retrospective. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 168, n. 2, pp. 2145–2169, 2020.

YOO, C. S. When antitrust met Facebook. *George Mason Independent Law Review*, v. 1, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

YUN, J. M. Antitrust after big data. *The Criterion Journal on Innovation*, pp. 407–429, 2019.

YUN, J. M. Does antitrust have digital blind spots? *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, v. 1, pp. 1–59, maio 2020.

YUN, J. M.; SCALIA, A.; MASON, G. *Are we dropping the crystal ball?* Understanding nascent & potential competition in antitrust. [s.l.]: 2020. pp. 20–26.