

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDO HENRIQUE KRUEL RODRIGUES

**O DIREITO ANTITRUSTE NA ECONOMIA DIGITAL:
IMPLICAÇÕES CONCORRENCIAIS DO ACESSO A DADOS**

**BRASÍLIA
2016**

Eduardo Henrique Krueel Rodrigues

O direito antitruste na economia digital
Implicações concorrenciais do acesso a dados

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre, no Programa de
Pós-Graduação em Direito, Estado e
Constituição da Universidade de Brasília.

Orientadores: Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão
Prof. Dr. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Brasília
Março de 2016

TERMO DE APROVAÇÃO

Eduardo Henrique Krueel Rodrigues

O DIREITO ANTITRUSTE NA ECONOMIA DIGITAL: IMPLICAÇÕES CONCORRENCIAIS DO ACESSO A DADOS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília.

Brasília (DF), _____ de março de 2016.

Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão
Professora Orientadora

Prof. Dr. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Professor Orientador

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira
Membro da banca examinadora

Prof. Dr. Márcio de Oliveira Júnior
Membro da banca examinadora

Para Mônica, Antonio Gustavo e Daniela, pelo apoio em todos os momentos da vida.

AGRADECIMENTOS

Jamais poderia deixar de agradecer a Daniela Krueel Rodrigues Horta, Romulo Silva de Melo Horta, Alexis Gerome Krueel e Bernardo Krueel de Souza Lima que, em tempos de grandes mudanças, me receberam tão bem e permitiram que eu tivesse paz e tranquilidade para desenvolver o presente trabalho.

Esse trabalho jamais teria sido concluído sem o carinho, a paciência, o incentivo e a ajuda de Nathália Filgueiras de Almeida, a quem devo os mais sinceros agradecimentos.

Agradeço também aos amigos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cristiane Landerdahl de Albuquerque, Kenys Menezes Machado, Marcela Campos Gomes Fernandes, Ana Rafaela Martinez de Medeiros, Marcelo Nunes de Oliveira e Ravvi Augusto de Abreu Coutinho Madruga, com quem muito aprendi sobre direito da concorrência. Pelas mesmas razões, agradeço a Clovis Manzoni dos Santos Lores e a Breno Zaban Carneiro.

Por fim, agradeço a meus orientadores, Ana de Oliveira Frazão e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo pela atenção e extrema paciência com que lidaram com a execução desse trabalho. Seus comentários foram extremamente enriquecedores para essa dissertação.

RESUMO

A crescente onda de concentrações envolvendo companhias digitais tem despertado a atenção de autoridades da concorrência para o problema em torno do acesso a dados. Todavia, muito se discute sobre a adequação desse ramo do direito a esse setor da economia. Enquanto este seria extremamente dinâmico, os instrumentos de atuação do direito antitruste seriam essencialmente estáticos. Essa diferença poderia levar à incompreensão de certas práticas comerciais e à aplicação indevida do direito antitruste, prejudicando o bem-estar social, sobretudo quando limitar os incentivos à inovação. Não obstante tais riscos, o direito concorrencial apresenta uma importante função na economia digital. O controle do poder econômico na nova economia é importante como forma de se garantir que a sociedade tenha a máxima fruição dos benefícios dos avanços tecnológicos. Em que pese a natureza não-rival de dados no mercado, insumo básico para a economia digital, isso não significa que a concorrência seja efetiva. Assimetrias informacionais e, mais importante, questões comportamentais servem como fatores para entrincheirar empresas incumbentes. Cabe ao direito antitruste se atentar a tais riscos e controlar o poder de mercado, quando necessário.

Palavras chave: Direito da concorrência. Nova Economia. Internet. Acesso a dados. Facilidades essenciais. Discriminação. Poder Econômico. Inovação. Direito à privacidade. Big Data. Efeito de rede. Verticalização. Barreiras de mercado.

ABSTRACT

The rising number of mergers involving digital companies has drawn attention of competition authorities to the problem regarding data access. However, there is much discussion about the suitability of this branch of law to the new economy. While the new economy is extremely dynamic, the instruments of antitrust law are essentially static. This difference could lead to the incomprehension of certain activities and to the improper application of the antitrust law, harming the social welfare, especially when limiting the incentives for innovation. Despite such risks, competition law has an important role in the digital economy. The control of economic power in the new economy is important to ensure that the society has the maximum enjoyment of the benefits of technological advances. Despite being a non-rival product, it does not follow that competition can be effective. Asymmetric information and, more importantly, behavioral issues serve as factors to entrench incumbent firms. Antitrust practitioners must attempt to those risks and control market power when necessary.

Key words: Competition law. New Economy. Internet. Data access. Essential facility. Discrimination. Economic power. Innovation. Privacy law. Big data. Network effects. Verticalization. Market barriers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESCOPO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	13
1.1 Perspectiva histórica do direito da concorrência	13
1.1.1 A origem da defesa da concorrência como proteção do consumidor	14
1.1.1.1 A reação aos excessos do liberalismo	14
1.1.1.2 O Sherman Act e as teorias da regulação econômica.....	15
1.1.2 A eficiência no direito antitruste	19
1.1.2.1 A Escola de Chicago e a busca pela eficiência.....	19
1.1.2.2 As marcas da Escola de Chicago.....	22
1.1.3 O consumidor no direito antitruste.....	24
1.1.3.1 A confusão doutrinária	25
1.1.3.2 Aproximações e diferenciações.....	26
1.2 O necessário (re)preenchimento axiológico do direito da concorrência	30
1.2.1 Uma proposta de escopo para o direito antitruste	33
1.2.2 O controle do poder econômico: formas de atuação do direito antitruste	35
1.2.2.1 Atuação repressiva: o controle de condutas	37
1.2.2.2 Atuação preventiva: o controle de estruturas	39
2 A APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL NA NOVA ECONOMIA	42
2.1 Os desafios regulatórios da tecnologia.....	42
2.2 A competição na nova economia.....	47
2.2.1 Características comparadas	47
2.2.2 Os fundamentos da nova economia.....	48
2.2.2.1 Inovação: a mola propulsora da nova economia	48
2.2.2.2 Integração vertical e a concorrência entre plataformas	50
2.2.2.3 Caminhos para a inovação: propriedade intelectual e concorrência.....	53
2.3 Novas práticas, novos riscos	56
2.4 Limitações do método antitruste	59
2.4.1 IBM e a definição de mercados relevantes: de onde vem a pressão competitiva?	60

2.4.1.1	O necessário reconhecimento das limitações da definição de mercado relevante.....	64
2.4.2	Participação de mercado: relevância limitada na nova economia	66
2.4.3	Microsoft e a <i>applications barrier to entry</i> : contestando o poder de mercado	68
2.4.3.1	A necessária ampliação do debate em torno da concorrência potencial.....	72
2.4.4	Considerações finais quanto ao método antitruste	74
3	Acesso a dados: problema concorrencial?.....	76
3.1	A era da informação	76
3.1.1	Big data: o poder da análise de dados	76
3.1.2	Informação: a moeda da economia digital	78
3.2	Poder Econômico, Privacidade e o Consumidor.....	81
3.2.1	Os riscos da concentração de poder: <i>essential facility</i> e discriminação	81
3.2.1.1	Facilidade essencial econômica.....	81
3.2.1.2	A facilidade essencial social e política.....	83
3.2.1.3	Discriminação.....	85
3.2.2	Acesso a dados e Privacidade.....	87
3.2.2.1	Privacidade como problema concorrencial	89
3.3	O método antitruste aplicado ao acesso a dados	93
3.3.1	A definição de mercados relevantes.....	93
3.3.2	Barreiras à entrada e rivalidade efetiva	95
3.3.2.1	A não rivalidade ao acesso de dados: o falso problema	96
3.3.2.2	A importância da customização: a verdadeira barreira de mercado	97
3.3.3	Perspectivas do lado da demanda.....	98
3.3.3.1	A assimetria informacional	98
3.3.3.2	A encoberta preferência do consumidor.....	100
3.3.4	Considerações finais.....	100
CONCLUSÃO		102
REFERÊNCIAS		105

INTRODUÇÃO

Em 2011 a Apple ultrapassou a Exxon e se tornou a companhia mais valiosa do mundo.¹ Esse acontecimento evidencia as mudanças ocorridas a partir de meados do século passado com o desenvolvimento da computação e da internet. O mundo virtual tem se tornado, cada vez mais, parte inerente não só da economia, mas da vida moderna. Prova disso é o tempo gasto pelas pessoas na internet, estimado em 3 horas diárias.²

Todavia, não é só o indivíduo que está conectado. Hoje, tudo (pessoas e objetos) faz parte da rede mundial de computadores. Em 2020, por exemplo, calcula-se que 1.8 trilhão de objetos estarão ligados à Internet³, gerando uma quantidade astronômica de dados.

Com efeito, os mais diversos detalhes da vida humana serão (na realidade, já estão sendo) transformados e processados na forma de dados, desde opiniões expressas em redes sociais, até o genoma humano.⁴ Vive-se hoje a era do *big data*⁵, despertando a importância do acesso a dados para a sobrevivência no mercado e levando a novas formas comerciais ou mesmo a aquisições e fusões de empresas com o intuito de aumentar a coleta de dados ou de aumentar sua capacidade de processamento. É essa busca de se garantir um posicionamento estratégico em torno do combustível da economia moderna, a informação, que definirá os vencedores e perdedores do mercado.

A despeito dos inúmeros benefícios que essa revolução digital traz para o indivíduo, ela também gera uma série de novas preocupações. Fala-se hoje nos problemas relacionados à super-vigilância, com o constante e intrusivo monitoramento dos meios de comunicação⁶, e nas consequências éticas do uso de big data no que diz respeito a diversas atividades, como saúde, educação, crédito, etc.⁷

¹ SATARIANO, Adam. Apple overtakes Exxon becoming world's most valuable company. *Bloomberg*, 2011. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2011-08-09/apple-rises-from-near-bankruptcy-to-become-most-valuable-company>. Acesso em: 14 jan. 2016.

² REINO UNIDO. Office of Communications. *Time spent online doubles in a decade*. Disponível em: <http://consumers.ofcom.org.uk/news/time-spent-online-doubles/>. Acesso em: 22 fev. 2016.

³ CISCO. *Connections Counter. The internet of everything in motion*. Disponível em: <http://newsroom.cisco.com/feature-content?type=webcontent&articleId=1208342>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁴ VANACEK, Jacqueline. How cloud and big data are impacting the human genome. *Forbes*, 2012. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/sap/2012/04/16/how-cloud-and-big-data-are-impacting-the-human-genome-touching-7-billion-lives/#517ddf7569fe>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁵ “But over the last few years, the volume of data has exploded. In 15 of the US economy's 17 sectors, companies with more than 1,000 employees store, on average, over 235 terabytes of data—more data than is contained in the US Library of Congress.” BROWN, Brad; CHUI, Michael; MANYIKA, James. Are you ready for the era of ‘big data’? *McKinsey Quarterly*, 2011. Disponível em: <http://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/are-you-ready-for-the-era-of-big-data>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁶ BBC. *Edward Snowden: leaks that exposed US spy programme*. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-23123964>. Acesso em: 15 jan. 2016; FARIS, Stephan. The hackers of Damascus. *Bloomberg*, 2012. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/bw/articles/2012-11-15/the-hackers-of-damascus#p1>. Acesso em: 22 out. 2015.

⁷ FUTURE OF PRIVACY FORUM. *Big data: a tool for fighting discrimination and empowering groups*. Disponível em: <https://fpf.org/wp-content/uploads/Big-Data-A-Tool-for-Fighting-Discrimination-and-Empowering-Groups-FINAL.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

Não é de se espantar, por conseguinte, que o uso e o acesso a dados tem sido objeto de interesse de diversas áreas do direito, particularmente o direito à privacidade e, foco do presente trabalho, do direito concorrencial.⁸ Entretanto, acesso e uso de dados constituem problemas concorrenciais? Qual é o papel do direito antitruste nesse tema? Os instrumentos do direito antitruste são capazes de lidar com essa dinâmica? São essas questões que se pretende desenvolver.

O enfrentamento da questão exige uma avaliação crítica não só do escopo do direito antitruste, mas também de seu método. Com efeito, a dinâmica da economia digital traz novos desafios à regulação econômica, exigindo um maior cuidado com a intervenção do Estado na economia, sobretudo no que diz respeito aos incentivos à inovação. Uma intervenção indevida pode desestimular a evolução tecnológica, privando a sociedade de novas utilidades.

Não obstante, esse risco não deve paralisar o direito antitruste, que desempenha um importante papel como instrumento de política pública voltado para assegurar que os mercados atendam à sua função social. Evitar a concentração e o abuso do poder econômico, função do direito da concorrência, tem importante papel para assegurar que mais pessoas usufruam dos benefícios do mundo digital e para tornar essa experiência mais proveitosa.

Para o desenvolvimento desse tema, o primeiro capítulo tratará do objeto do direito antitruste. Iniciando com uma análise histórica do direito concorrencial, buscar-se-á definir o que exatamente constitui um problema antitruste. Em contraposição à predominância da eficiência no direito antitruste, sobretudo a partir da Escola de Chicago, pretende-se demonstrar a necessidade de abertura conceitual desse campo do direito para a sua correta aplicação constitucional.

No segundo capítulo será analisado o funcionamento da chamada “nova economia” e os desafios de se aplicar, a ela, o método antitruste. Além de apresentar a estrutura de funcionamento desses mercados, buscar-se-á enfatizar a importância das inovações para o bem-estar do consumidor. Ter essa questão em mente é essencial para se avaliar os riscos de uma intervenção antitruste.

Por fim, o terceiro capítulo abordará as implicações concorrenciais que o acesso a dados possui na economia digital. Temas como privacidade, *essential facility* e economia

⁸ “Margrethe Vestager, the European Union’s antitrust chief, warned on Sunday that the collection of a vast amount of users’ data by a small number of tech companies like Google and Facebook could be in violation of the region’s tough competition rules. Ms. Vestager’s comments are the latest in a growing chorus of European criticism about the privacy practices of American tech giants, many of which rely on crunching data based on people’s social media posts, online search queries and e-commerce purchases to fuel their digital advertising businesses.” SCOTT, Mark. European Antitrust Chief Takes Swipe at Privacy Issue. *New York Times*, 2016. Disponível em: http://www.nytimes.com/2016/01/18/technology/european-antitrust-chief-takes-swipe-at-privacy-issue.html?_r=0. Acesso em: 22 fev. 2016.

comportamental serão tratados para demonstrar a importante e difícil tarefa do direito antitruste na nova economia.

Com o número cada vez maior de operações envolvendo empresas com grande acesso aos dados de seus usuários, e o crescente interesse que condutas de tais empresas tem despertado às autoridades antitruste, espera-se minimamente contribuir para uma análise crítica do papel do direito antitruste na economia digital.

1 O ESCOPO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Se o presente trabalho tem por propósito analisar em que medida questões trazidas pela economia virtual, como *big data* e privacidade, podem ser assimiladas pelo direito da concorrência, é necessário, primeiro, definir o escopo dessa área do direito. Afinal, a depender do objetivo atribuído ao antitruste, essas questões podem ou não ser consideradas como um problema concorrencial.

Como colocado por Maurice Stucke, “a batalha pelo antitruste começa por seus objetivos. Como a Escola de Chicago reconheceu, definir os objetivos do antitruste é fundamental: todo o resto segue da resposta que dermos. Definir os objetivos do antitruste serve a importantes propósitos.”⁹

Delimitar a área de atuação do direito antitruste permite reconhecer que certos problemas, ainda que impliquem o funcionamento não perfeito do mercado, não devam ser necessariamente solucionados por remédios antitruste. O Estado apresenta diversos outros instrumentos de intervenção no domínio econômico que podem se mostrar mais eficazes do que a proteção da livre concorrência. Perder de vista essa especialização dos sistemas de intervenção do Estado na economia pode levar a uma atuação indevida (e mesmo ilegítima) por parte da autoridade pública.

1.1 Perspectiva histórica do direito da concorrência

Apesar de relativamente novo quando comparado com outras áreas, o direito concorrencial apresenta uma história extremamente rica, seja em relação aos seus instrumentos e métodos, seja em relação aos seus objetivos. Não só a defesa da concorrência apresenta características peculiares em cada país que a alça a princípio de sua ordem econômica¹⁰, como também em cada momento histórico ela apresenta um face específica.¹¹ Essa vasta história pode ser atribuída ao caráter iminente interdisciplinar do direito antitruste e à evolução da sociedade, de suas formas de organização socioeconômicas e de suas instituições.

⁹ Tradução livre de “*The battle over antitrust begins with its goals. As the Chicago School recognized, defining the goals of antitrust is paramount: ‘Everything else follows from the answer we give.’ Defining antitrust’s objectives serves several important purposes.*” STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust’s Goals. *Boston College Law Review*, v. 53, pp. 551-629, 2011, p. 558.

¹⁰ Como é o caso do Brasil, conforme a Constituição Federal, artigo 170, 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: [...] a defesa da concorrência.”

¹¹ “*In particular competition policy does not exist in a vacuum: it is an expression of the current values and aims of society and is as susceptible to change as political thinking generally.*” WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011, p. 20.

Entender a história do direito da concorrência não é mero exercício de retórica. Primeiramente, é uma importante forma de se colocar a prática corrente sob perspectiva: o direito concorrencial de hoje é fruto de uma longa evolução social, a qual moldou seu método – sobretudo por meio das ciências econômicas – e seu próprio escopo – por meio de decisões políticas relativas ao relacionamento da defesa da concorrência com outras pautas, como a defesa do consumidor, a proteção do trabalhador, o desenvolvimento nacional, a defesa das instituições democráticas ou mesmo a proteção do meio-ambiente.

Em segundo lugar, entender a história ganha especial relevância no direito da concorrência ao se considerar a vagueza de seus conceitos.¹² Com textos normativos dotados de uma vasta abertura semântica, compreender a evolução sistemática de seus institutos auxilia a dar-lhes precisão.

De qualquer forma, alerta-se, desde já, que a história do direito antitruste, especialmente quanto a suas origens, é tema extremamente controverso: o que o legislador norte-americano buscava ao promulgar o *Sherman Act*?¹³ Quais interesses buscava tutelar? Trata-se de questão polêmica e que reflete uma característica até hoje marcante de políticas de proteção à concorrência: sua alta capacidade de ser instrumentalizada para diversos fins.¹⁴

1.1.1 A origem da defesa da concorrência como proteção do consumidor

1.1.1.1 A reação aos excessos do liberalismo

A estrutura dos mercados foi radicalmente transformada ao longo do século XIX: de uma concepção atomística, que assegurava a plena liberdade de cada um de seus elementos, evoluiu-se para uma tendência à concentração, concretizadora de um ideário de que quanto maior a empresa, maior seria sua solidez.¹⁵

A concentração de capitais resultante da livre atuação dos agentes privados acabou trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado (e conseqüentemente, a própria *livre iniciativa* dos agentes nele atuantes). Essa concentração

¹² “One solution to this problem is to ignore legislative history and look only to the plain language of the statute. But the antitrust laws are not conducive to such an approach because their language is so vague and malleable. For example, the Sherman Act condemns ‘every contract, combination (...) or conspiracy in restraint of trade,’ or every person who shall ‘monopolize’, without giving a clue about what those phrases mean.” HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*. 3ª ed. Thomson West, 2005, pp. 48-49.

¹³ Em que pese a primeira legislação antitruste moderna ter sido promulgada no Canadá, em 1889 (*Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*), é o diploma estadunidense (*Sherman Act*), de 1890, que se tornou um marco e uma referência histórica sobre o assunto. Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 63-64 para um breve relato a respeito da edição da lei canadense.

¹⁴ Hovenkamp, por exemplo, atribui a divergência entre as teorias acerca do *Sherman Act* às ideologias existentes sobre a relação entre a lei antitruste e o *common law*. HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 49.

¹⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 221.

resultou no poder econômico privado, que, de um lado, busca dominar e eliminar as empresas economicamente mais fracas, e, de outro, gera a expropriação do consumidor e uma situação de violenta dominação sobre os trabalhadores.¹⁶

O surgimento da concentração econômica – viabilizado e facilitado pelo acentuado liberalismo – fez surgir a demanda por uma nova disciplina jurídica das relações econômicas, fundada na necessidade de conter aquela força – o poder econômico – e impedir que ela sufocasse os demais elementos do mercado. Em outras palavras, uma força que impedisse o caráter autodestrutivo do livre mercado.

Assim, com o propósito de corrigir as falhas ou os excessos do sistema liberal, surgiu uma nova forma de intervenção do Estado no domínio econômico, a regulamentação da concorrência. Seu propósito não era o de substituir o sistema produtivo vigente, mas de servir como protetor do que era essencial a esse sistema: o livre mercado.¹⁷

Entretanto, dizer que o direito antitruste surgiu para corrigir as falhas do liberalismo é dizer muito pouco. Quais falhas essa nova disciplina das relações econômicas busca corrigir? Seria um ideal de eficiência econômica, inviabilizado pela forte concentração de mercado? Ou seria a tutela de grupos de interesse específico?

1.1.1.2 O Sherman Act e as teorias da regulação econômica

Uma leitura possível da origem do direito antitruste é a de que o *Sherman Act* teria sido promulgado com o princípio fundamental de preservar a eficiência econômica. A regulação concorrencial surgiria como reação às falhas de mercado existentes em uma estrutura altamente concentrada.

Falhas de mercado representam situações em que o mercado, por si só, não é capaz de alocar de forma eficiente os recursos da sociedade.¹⁸ A correção dessas falhas, como pressuposto regulatório, parte do reconhecimento de que o livre mercado “apresenta

¹⁶ “Como é óbvio e foi posteriormente comprovado pela história, essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. As concentrações e os monopólios causavam distúrbios sociais não indiferentes. Basta pensar na prática dos chamados ‘preços de monopólio’, que propiciam alto lucro para o produtor ou comerciante, pagos pela população (ou consumidores, como prefere a moderna terminologia). De outra parte, os monopólios, ou as grandes concentrações de poder econômico, acabam por sujeitar a classe operária a condições desfavoráveis de trabalho. Com sua união, inicia-se a pressão e o conflito capital/trabalho, mais um incontestável fator de instabilidade do sistema. Percebeu-se, ainda, que a competição selvagem entre os agentes econômicos é potencialmente prejudicial, podendo levar a sua destruição, e deve, portanto, ser regulamentada.” FORGIONI, Paula.. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 65.

¹⁷ FORGIONI, Paula. *op. cit.*, p. 66.

¹⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 20. Exemplos de falhas de mercado apresentadas pelo autor são: (i) bens públicos; (ii) externalidades; e (iii) mercados não competitivos.

elementos de instabilidade, o que pode provocar desperdícios sociais caso o Estado não intervenha na economia.”¹⁹

Essa perspectiva pode ser enquadrada na teoria do interesse público da regulação²⁰, fundada no pressuposto de que os mercados são extremamente frágeis e estão prontos para funcionar de forma ineficiente.²¹ Assim, a intervenção do Estado na economia seria a resposta do governo à demanda pública de “retificação de palpáveis e remediáveis ineficiências e desigualdades no funcionamento do livre mercado.”²²

Todavia, o poder explicativo dessa teoria para o *Sherman Act* deixa a desejar. Poucos debates legislativos à época de sua promulgação podem ser associados a argumentos de eficiência, e, ainda assim, de maneira muito remota. Se de fato a ideia de distribuição eficiente dos recursos da sociedade está na origem da legislação antitruste, ela foi involuntária e, certamente, bem distante dos contornos trazidos pela literatura econômica da segunda metade do século XX acerca de eficiência ou de distribuição de recursos.²³

Desta forma, a explicação para o direito antitruste deve procurar outras fontes. Uma alternativa mais promissora é a apresentada pela teoria da *public choice* ou teoria econômica da regulação.^{24 - 25} Tal teoria analisa o comportamento político a partir de parâmetros da análise econômica: políticos, como todos os indivíduos, são maximizadores das suas próprias utilidades.²⁶ Grupos de interesse, que não se limitam apenas a grupos industriais

¹⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *op.cit.*, p. 20.

²⁰ Segundo a teoria do interesse público, a regulação econômica é instituída fundamentalmente para benefício ou proteção do público em geral, ou de ao menos boa parte dele. STIGLER, George. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo *et al.*(Org.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 23-48, p. 24.

²¹ POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo *et al.*(Org.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 49-80, p. 50.

²² POSNER, Richard., *op. cit.*, p. 51.

²³ “As a result it is unrealistic to look at a particular concern expressed in the legislative history – such as the concern that monopolies might impoverish consumers – and pronounce it either ‘efficient’ or ‘distributive’. The framers of the antitrust law did not perceive economic policies within such a framework, not even after these terms became an accepted part of economic literature.” HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 50.

²⁴ Alternativa interessante seria a de considerar que o processo político carece de uma explicação racional. “A política (*politics*) é um imponderável, uma mescla de forças das mais diversas naturezas, constante e imprevisivelmente cambiante, ora compreendendo atos de grande virtude (a libertação dos escravos), ora encerrando atos da mais baixa venalidade (o congressista atuando no próprio interesse).” STIGLER, George., *op. cit.*, p. 24.

²⁵ Sintomático do melhor poder explicativo da *public choice theory* é a constatação de Hovenkamp quanto à leitura da Escola de Chicago sobre os objetivos iniciais do *Sherman Act*. “At one point the Chicago School of antitrust analysis was dominated by a belief that preserving economic efficiency was the guiding concern of those who drafted the Sherman Act. [...] The Chicago School scholars who did this writing were generally uninformed or uninterested in Public Choice theory, something that later members of the School embraced with considerably more enthusiasm. Under Public Choice theory, or interest group analysis, the efficiency position gave way to the idea that the legislative intent of those passing the antitrust laws has never been economic efficiency. Rather, the Sherman Act was special interest legislation, and the principal protected class was small business.” HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 49.

²⁶ PELTZMAN, Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, Paulo *et al.*(Org.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 81-127, p. 81.

– como preconiza a teoria da captura²⁷ –, influenciam a tomada de decisão política na medida em que dão apoio a políticos ou a reguladores.²⁸

Mas quais seriam esses interesses que influenciaram a ação política na promulgação do *Sherman Act*? Trata-se de questão polêmica. Para melhor compreendê-la, ou ao menos contextualizá-la, é essencial a análise do cenário político-econômico dos Estados Unidos em 1890.

A sociedade norte-americana do final do século XIX era marcada por três fatores inter-relacionados que devem ser considerados para fins dessa discussão²⁹: (i) a forte concentração industrial do Norte – especialmente o nordeste do país – em contraposição ao Sul agrário, consequência da guerra civil norte americana³⁰; (ii) o descontentamento do setor agrário – visto como um dos grandes promovedores do *Sherman Act* – com a grande concentração industrial; e (iii) a transformação estrutural do mercado americano, passando de uma economia baseada em pequenas empresas e no espírito empresarial individual, a uma sociedade de concentração de capital.

Esse terceiro fator, muitas vezes negligenciado, teve uma importância crucial. A retórica americana sobre monopólios³¹, no período, está tanto relacionada aos efeitos sobre preços quanto ao medo, *per se*, do grande empreendimento privado e do poder político a ele relacionado. Essa mudança estrutural da economia pôs em risco o ideal tão caro aos norte-americanos de que qualquer um com dedicação e esforço poderia ser bem sucedido – o mito do *self made man*. As grandes corporações, como a Standard Oil ou a Carnegie Steel,

²⁷ “*This proposes that the behavior of regulators can be predicted from an analysis of the a priori interests of regulators and firms and that the result is inevitably that regulation will be established to protect the industry or that the regulator will be captured by the regulated industry.*” PROSSER, Tony. *Theorising utility Regulation. Modern Law Review*, pp. 196-217, 1999, p. 203.

²⁸ Como muito bem resumido por Posner: “[A teoria econômica da regulação] rejeita o inexplicado, e frequentemente falso, pressuposto do propósito virtuoso e probó da legislação; admite a possibilidade de ‘captura’ por outros grupos de interesse que não as empresas reguladas; e substitui a metáfora da ‘captura’, com seu teor inapropriadamente militarista, por uma terminologia mais neutra de oferta e procura. Ela insiste, todavia juntamente com os cientistas políticos, que a regulação econômica favorece interesses privados de grupos politicamente influentes.” POSNER, Richard., *op. cit.*, p. 59.

²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. As estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 68-71.

³⁰ A indústria do aço, do petróleo, de ferrovias, de telégrafos são os principais exemplos da concentração industrial do período.

³¹ Apesar de se referir a monopólios, é importante notar que, no final do século XIX, a concentração econômica se dava principalmente por acordos entre agentes econômicos, como trustes e cartéis. Eram esses os destinatários da legislação antitruste, e não propriamente monopólios formados por uma única empresa detentora de enorme parcela do mercado. PERITZ, Rudolph. *A counter-history of antitrust law. Duke Law*, pp. 263-320, 1990, p. 317. Curiosamente, com a ilegalidade da monopolização dos mercados a partir do *Sherman Act*, observou-se a mais forte onda de fusão de empresas da história americana no período de 1895 a 1905, configurando monopólios em seu sentido estrito. HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 52. Cf. BITTLINGMAYER, George. *Did Antitrust policy cause the great merger wave? Federal Trade Commission, Working Paper n. 115*, setembro de 1984. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/did-antitrust-policy-cause-great-merger-wave/wp115.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016. Para combater essa estratégia empresarial de driblar a legislação antitruste é que se pode compreender a institucionalização de métodos preventivos do controle do poder de mercado, tema que será abordado oportunamente.

rompiam com esse ideário, fazendo crer que pequenos negócios não prosperariam ao lado dos gigantes da indústria.³²

Esses variados motivos dão origem aos diferentes escopos do *Sherman Act*³³, no qual a preocupação principal seria o poder (não só o econômico, mas também o político^{34,35}) dos monopólios sobre os consumidores. Não era motivo de preocupação a preservação da eficiência dos mercados.³⁶ Como resume Calixto Salomão Filho:

O *Sherman Act* é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o ‘excessivo poder econômico no mercado.’ É essa sua única preocupação. Não há uma preocupação inicial com a proteção do concorrente contra ‘práticas desleais’ do outro concorrente.³⁷

Alguns autores defendem que o *Sherman Act* também visava a proteção da concorrência em si³⁸, ou, ao menos, da pequena empresa.³⁹ Todavia, a representação desses interesses na lei não teria se dado de forma direta ou sistemática. Havia sim, uma proteção instrumental da competição, com o intuito de proteger o consumidor. De qualquer forma, nas legislações vindouras, como o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambas de 1914, essa preocupação de proteção das pequenas empresas ganhou destaque.

Independentemente de qual interesse se pretendia ver tutelado no final do século XIX com a defesa da concorrência, fato é que o direito antitruste ganhou vida própria,

³² “The nineteenth century American rhetoric on monopoly is concerned at least as much with bigness per se as it is with monopoly prices. Further, the American ideal was a market economy into which any entrepreneur could enter and compete on the merits – that was the American worker’s escape from the sweatshop. Big firms such as Standard Oil or Carnegie Steel threatened that ideal by signaling that only big firms could survive. If one looks at the ideology of nineteenth century Americans, rather than at the interest groups that may have contributed to the Sherman Act’s formation, the anti-bigness rationale seems to be very important.” HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 52.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 71.

³⁴ A desconcentração do poder político pode ser apontado como uma das causas na desconcentração industrial na Alemanha e no Japão no pós-Segunda Guerra. “The non-economic objective of American antitrust policy stands out even more strikingly if one broadens the perspective beyond congressional legislation to consider that major historic event, American imposition of antitrust measures upon conquered Germany and Japan after World War II. No one then suggested that our zeal for industrial deconcentration there was an attempt to impose diseconomies on the defeated. Some believed that the rapid reconstruction of those devastated economies called for decartelization and decentralization. But clearly the dominant motivation was political: a desire to create alternative centers of power that could not readily be marshalled behind authoritarian regimes.” SCHWARTZ, Louis. Justice and other non-economic goals for antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, pp. 1076-1081, 1979, p. 1077.

³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 72.

³⁶ “Os senadores americanos não tinham em mente as noções hoje tão em moda e tão utilizadas pela teoria microeconômica neoclássica. Não estavam preocupados com a preservação da eficiência alocativa ou produtiva. Mais do que isso, existem evidências bastante fortes de que sequer a eficiência como noção intuitiva motivou o legislador americano.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 71.

³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 74. Cf. também KIRKWOOD, John B.; LANDE Robert H. The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not efficiency. *Notre Dame Law Review*, v.84, pp. 191-244, 2008, p. 208.

³⁸ “Rather, [Congress] passed the Sherman Act and ensuing legislation to resuscitate and sustain robust competition, which had been asphyxiated by holding companies such as Standard Oil Trust and overrun by cartels such as the Trans-Missouri Freight Association.” PERITZ, Rudolph. *op. cit.*, p. 317.

³⁹ Alega-se que o próprio senador Sherman estaria agindo em nome de pequenos produtores de petróleo de Ohio, por exemplo, que buscavam proteção contra a Standard Oil. HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 52.

acompanhando as mudanças ideológicas, tecnológicas e teóricas da sociedade.⁴⁰ Em pouco tempo, se tornou a Magna Carta da livre-iniciativa.⁴¹

1.1.2 A eficiência no direito antitruste

O caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.* é considerado um marco para a “alforria” do direito antitruste às intenções pretendidas pelo congresso norte-americano e ao *common law*. A partir daí, as cortes passaram a criar sua própria concepção de política de defesa da concorrência, utilizando, para tanto, o melhor da economia disponível.⁴² Nascia, assim, um íntimo relacionamento entre esse campo do direito e as ciências econômicas.⁴³⁻⁴⁴

Até a década de 1920, a economia ainda representava um campo de batalha para o direito antitruste, havendo forte dissenso entre diversas correntes de economistas acerca do funcionamento de um mercado competitivo e das consequências socioeconômicas de diversos atos empresariais.

A partir desse momento, reconhece-se com mais clareza que o Estado tem um importante papel para orientar o comportamento econômico dos agentes. A dúvida que surge é em que sentido essas orientações devem indicar.⁴⁵

1.1.2.1 A Escola de Chicago e a busca pela eficiência

O início da Escola de Chicago remonta à década de 1950, com estudos voltados, sobretudo, à aplicação da teoria do preço ao direito antitruste. Ao longo dos anos 1960 e

⁴⁰ “Furthermore, the stated intention was not to ‘freeze’ the common law as it existed in 1890, but rather to regard the common law as an ongoing, ever changing body of rules. As Sherman Act precedent began to accumulate, the courts began to diverge from the nineteenth century common law. The federal antitrust laws took on a life of their own.. In short, the Sherman Act can be regarded as ‘enabling’ legislation – an invitation to the federal courts to learn how business and markets work and formulate a set of rules that will make them work in socially efficient ways.” HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 53.

⁴¹ “Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete - to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster.” FAIR SEARCH. Google’s transformation from gateway to gatekeeper. Disponível em: <http://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/10/Googles-Transformation-from-Gateway-to-Gatekeeper.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015, p.5.

⁴² HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 60.

⁴³ “Como apontado brevemente acima, o desenvolvimento da dogmática do direito de defesa da concorrência está caracterizado por uma interação cada vez mais íntima entre direito e teoria econômica. Se tal interação praticamente inexistia nos primórdios desse processo, hoje ela é absolutamente indispensável.” SCHUARTZ, Luís Fernando. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf. Acesso em: 22 jan. 2016, p. 7.

⁴⁴ Algo que poderia chocar um economista do final do século XIX. “A careful student of the history of economics would have searched long and hard, on the unseasonably cool day of July 2 of 1890, the day the Sherman Act was signed by President Harrison, for any economist who had ever recommended the policy of actively combatting collusion or monopolization in the economy at large.” STIGLER, George. The economists and the problem of monopoly. *Occasional papers from the Law School of the University of Chicago*, n. 19, 1982, p. 7.

⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op.cit.*, p. 22.

1970, ganha novo ímpeto com Bork e Posner e sua aplicação rigorosa da teoria marginalista à defesa da concorrência.⁴⁶

A Escola de Chicago implementou o que pode ser visto como um processo de racionalização do antitruste, limpando-o de tudo aquilo que (segundo seus autores) lhe fosse estranho, em especial conteúdos políticos. Esse processo materializou-se na busca por um único objetivo do direito da concorrência⁴⁷, o qual foi identificado como a procura por *eficiência*.⁴⁸

Segundo os autores dessa escola, o único propósito do antitruste seria o esforço de melhorar a eficiência alocativa⁴⁹ sem afetar a eficiência produtiva⁵⁰, causando um efeito líquido positivo ao bem-estar do consumidor.⁵¹

A eficiência produtiva se mostrou central na Escola de Chicago. Ela se refere ao uso efetivo dos recursos pelos agentes produtivos; centrando-se, pois, na curva de custos da empresa.⁵² Assim, eficiência produtiva é a alocação dos recursos da sociedade aos agentes produtivos que apresentam o menor custo.

Isso não significa que a Escola de Chicago ignore o bem-estar do consumidor, mas apenas o muda de posição: os ganhos de eficiência garantidos pela política de defesa da concorrência seriam repassados aos consumidores, colocando-os em uma posição melhor do que a anterior. A eficiência produtiva, por exemplo, geraria menores custos de produção que, por sua vez, seriam repassados⁵³ na forma de menores preços aos consumidores.

Essa última constitui, sem dúvida, a passagem mais artificiosa dessa teoria. Da redução dos custos é derivada diretamente a redução dos preços. A eficiência é associada diretamente ao bem-estar do consumidor. O único princípio norteador do direito antitruste passa, então, a ser a proteção do bem-estar do consumidor, no

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op.cit.*, p. 22.

⁴⁷ STUCKE, Maurice., *op. cit.*, p. 563

⁴⁸ “Para os teóricos neoclássicos, esse valor se sobrepõe e elimina qualquer outro objetivo que possa ter o direito concorrencial, inclusive a própria existência da concorrência. Os teóricos neoclássicos de Chicago não hesitam em admitir a existência de monopólios ou de restrições à concorrência, caso esses sejam instrumentais relativamente ao objetivo definido: a maximização da eficiência.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *op.cit.*, p. 23.

⁴⁹ Eficiência alocativa se refere à distribuição ótima dos recursos na sociedade de forma a ser impossível melhorar a posição de alguém sem prejudicar a de outro (ótimo de Pareto). “*This means that allocative efficiency is achieved as consumers can obtain the amounts of goods or services they require at the price they are prepared to pay: resources are allocated precisely according to their wishes.*” WHISH, Richard; BAILEY, David.. *op. cit.*, p. 5. “Para os neoclássicos, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 199.

⁵⁰ Eficiência produtiva, por sua vez, relaciona-se ao uso dos recursos da sociedade pela cadeia produtiva. Quanto menores os recursos necessários para a produção de um mesmo bem, maior a eficiência produtiva. “Ao produzir a custos mais reduzidos, a empresa está, também, economizando recursos sociais, ou seja, permitindo que a economia de custos por ela realizada possa ser alocada de outra forma, em outras atividades necessárias ao preenchimento de alguma utilidade. É bom lembrar que para os neoclássicos pouco importa quem será o beneficiário dessa economia e, portanto, quem – produtores ou consumidores – poderá realocar os recursos mais eficientemente. Importante apenas é a existência e o montante da economia.” SALOMÃO FILHO, Calixto., *op. cit.*, p. 200.

⁵¹ “the whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.” BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Free Press, 1993.

⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 199.

⁵³ Por que a redução do custo seria repassada aos consumidores não é nada óbvio. *Vide* SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 23: “não é de modo algum certo que o monopolista queira ‘dividir seus lucros’ com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de ‘eficiência’ ocorrido.”

sentido específico definido pelos economistas neoclássicos. Segundo esses teóricos, basta que o direito antitruste se preocupe com a eficiência. A distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente da 'racionalidade' monopolista.⁵⁴

Sob essa ótica, é possível compreender o modelo concorrencial da Escola de Chicago. Fundadas em uma concepção estática de concorrência, em uma forte crença na racionalidade dos participantes do mercado, no ceticismo em relação às falhas de mercado e na capacidade do governo de repará-las⁵⁵, as proposições da escola podem ser resumidas conforme abaixo:⁵⁶

- (i) A busca por eficiência econômica como propósito exclusivo do direito antitruste;
- (ii) Aplicar esse objetivo é uma escolha *apolítica*. Deve-se aplicar o modelo de eficiência de mercado sem qualquer consideração acerca da distribuição de riquezas e da propriedade na sociedade, mas apenas com o objetivo de maximizar a riqueza geral;
- (iii) A incredulidade de que estruturas concentradas possam afetar a concorrência;
- (iv) A crença na eficiência do mercado e a autocorreção de monopólios;
- (v) Descrença na capacidade de barreiras à entrada prejudicarem a competição, sendo mais um resultado da regulação estatal do que um problema intrínseco ao mercado;
- (vi) A economia de escala como elemento mais disseminado do que se imaginava;
- (vii) Empresas são maximizadoras de lucro;
- (viii) A aplicação do direito antitruste deveria se dar de forma a penalizar condutas quando se mostram ineficientes, mas tolerar ou até encorajar condutas quando estas se mostram eficientes; e
- (ix) A intervenção estatal é justificada apenas se implica uma melhora, considerando os custos da intervenção.

⁵⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op.cit.*, p. 23.

⁵⁵ STUCKE, Maurice. *op. cit.*, p. 563.

⁵⁶ HOVENKAMP, Herbert. *op.cit.*, pp.62-63.

Extraí-se dessas proposições o postulado básico da Escola de Chicago: o de que toda regra jurídica que “impeça ou dificulte transações privadas em que a vantagem dos beneficiados é maior que a perda dos prejudicados é ineficiente e deve ser removida.”⁵⁷

1.1.2.2 As marcas da Escola de Chicago

A Escola de Chicago representou um marco no direito antitruste.⁵⁸ Eficiência foi insculpida no âmago do direito concorrencial, passando até mesmo a ser sinônima de sistema antitruste.⁵⁹ Com efeito, é difícil encontrar um livro sobre o assunto que não utilize o termo eficiência dentro do escopo dessa área do direito.⁶⁰⁻⁶¹

No Brasil, a preocupação com eficiência é refletida no próprio texto legal. A lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011), por exemplo, trata da eficiência em ao menos dois momentos: um como excludente de ilicitude (art. 36, §2º)⁶² e outro como exceção a atos de concentração que, ainda que impliquem a eliminação da concorrência, gerem eficiências – desde que sejam repassadas ao consumidor (art. 88, §6º, inciso I, alínea c).⁶³

O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, instituído pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001, descreve a análise de eficiências em atos de concentração.

O fato de a probabilidade do exercício de poder de mercado não ser ‘praticamente nula’ não implica que a concentração reduza o bem-estar da economia brasileira. Para avaliar o efeito líquido da concentração sobre a economia é necessário comparar os custos econômicos com as possíveis eficiências econômicas derivadas do ato. Nesta seção apresentam-se os fatores que podem ser consideradas eficiências econômicas derivadas do ato de concentração.

⁵⁷ SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 30-31.

⁵⁸ STUCKE, Maurice E. *op. cit.*, p. 565.

⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 23.

⁶⁰ “By one common formulation, antitrust is only for efficiency. One common formulation of the efficiency standard is that antitrust law should proscribe only that which disserves consumers and is inefficient, as judged by output limitation. Business conduct other than hard core cartels is presumed efficient; it is argued that, apart from cartels, the law should proscribe only conduct that has an output-limiting outcome and is not a legitimate business response to consumers.” FOX, Eleanor., Economic development, poverty and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 107-125, 2007, pp. 102-103. A OCDE, por exemplo, destaca o crescente papel de eficiências no direito antitruste: “Although efficiencies and efficiency claims have been vigorously discussed for decades now – notably at least since efficiency considerations were (first implicitly and then explicitly) integrated into the assessment of mergers and agreements between competitors – their role in competition law has recently gained greater prominence, as witnessed by a number of recent merger decisions in different jurisdictions. Efficiency claims are also increasingly more often put forward in abuse of dominance or monopolisation cases, although it is fair to say that in these cases such claims have had little practical impact so far.” ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Policy Roundtables. Paris, 2012, p. 11.

⁶¹ Mas dizer que eficiência continua tendo uma especial importância no direito antitruste não implica que o modelo de Chicago continue sendo aplicado – ao menos não em sua inteireza. Muitos de seus modelos econômicos e de suas premissas já foram superados.

⁶² “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

⁶³ “Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.”

Eficiências Econômicas do ato. São consideradas eficiências econômicas das concentrações os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração).

Contudo, o próprio conceito de eficiência é tema, ainda hoje, controverso. Nesse sentido, há de se reconhecer, primeiramente, a multiplicidade de sentidos que a expressão pode ter. Ainda que exista certo consenso de que *um dos* objetivos do direito antitruste seja a da promoção da eficiência econômica⁶⁴, a falta de cuidado com a operacionalização do conceito pode levar a efeitos indesejados.⁶⁵

A principal questão nesse assunto diz respeito à dicotomia entre o padrão do bem-estar econômico (*economic welfare - total surplus*) e do bem-estar do consumidor (*consumer welfare - consumer surplus*). O primeiro se relaciona à performance da economia como um todo, considerando diversos grupos, sendo ponderado a partir do excedente do consumidor e do produtor.

Enquanto o excedente do consumidor é calculado pela diferença entre a valoração do bem pelo consumidor (quanto este está disposto a pagar) e o preço de tal produto, o excedente do produtor é o lucro do agente econômico pela venda de um bem. O bem-estar do consumidor, por sua vez, avalia apenas o rendimento da economia sob a perspectiva do consumidor – i.e., afere apenas o excedente do consumidor.⁶⁶

A escolha por um ou outro modelo não é tão simples. Pode-se sustentar que um modelo de bem-estar do consumidor é mais simples de aplicar, na medida em que não envolve uma ponderação entre os ganhos em uma ponta (produtores) e a perda na outra (consumidores). Pode-se, ainda, preferir tal modelo por uma questão de equilíbrio de forças, uma vez que os interesses do elo produtivo se encontram mais bem representados em um litígio antitruste do que os do consumidor, grupo essencialmente difuso.⁶⁷ Por fim, o modelo pode servir como correção para a assimetria de informação entre o agente produtivo e as autoridades de defesa da concorrência.⁶⁸

⁶⁴ Como se verá no item seguinte, ainda que eficiência seja um objetivo importante, o direito antitruste jamais poderá se resumir a ela.

⁶⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Policy Roundtables. Paris, 2012, p. 11

⁶⁶ MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. 12ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009, p. 18.

⁶⁷ “In a world with no regulatory failures, excluding firms’ profits from the objectives assigned to the antitrust authority would seem hard to justify on efficiency grounds. However, in the presence of regulatory failures a systematic bias in favor of a particular interest may occur. In this context, it may be desirable for the public authority (the ultimate principal) to manipulate the objective function of the antitrust agency so as to compensate for the bias *ex ante*. For instance, an explicit emphasis on consumer surplus, possibly a full truncation of the objective of the antitrust agency so that profits are ignored, may be appropriate. That is, decisions taken according to a consumer surplus standard may actually lead to higher welfare than those taken according to a welfare standard.” NEVEN, Damien; RÖLLER, Lars-Hendrik. *Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control*. Disponível em: http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/11611/ssoar-2000-neven_et_al-consumer_surplus_vs_welfare_standard.pdf?sequence=1. Acesso em: 24 jan. 2016, p.1.

⁶⁸ MOTTA, Massimo., *op. cit.*, p. 20.

No entanto, o foco apenas sobre o bem-estar do consumidor pode ser prejudicial para o funcionamento e o progresso da economia. Porter, por exemplo, alerta sobre os perigos de se focar nos ganhos de curto-prazo para os consumidores, uma vez que os benefícios de uma competição saudável são de fato muito mais amplos, não só para os consumidores, mas também para a sociedade como um todo. O autor tem em mente a questão da inovação, que levaria ao crescimento econômico. “O aumento de produtividade é central porque é, individualmente, a mais importante determinante do bem-estar do consumidor a longo prazo e do padrão de vida da nação.”⁶⁹

1.1.3 O consumidor no direito antitruste

A defesa do consumidor sempre se fez presente no discurso antitruste. No final do século XIX, à época da promulgação do *Sherman Act*, já se preocupava com a espoliação do consumidor pelo abuso do poder de mercado, o qual envolveria a transferência de renda desses para os grandes grupos econômicos.

A Escola de Chicago, por sua vez, soube muito bem instrumentalizar essa necessidade de tutela do consumidor, ao identificar (artificialmente, reconhece-se) o bem-estar do consumidor à eficiência econômica – vista como a pedra fundamental do direito antitruste para essa corrente.

Normativamente, até hoje a tutela do consumidor é um dos elementos a balizar o direito concorrencial. É o que se depreende do artigo 1º da lei de defesa da concorrência:

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.

Não obstante, reconhece-se que a defesa do consumidor ganhou força como corpo normativo distinto do direito antitruste. Assim, defesa do consumidor e defesa da concorrência são sistemas autônomos, ainda que complementares e interdependentes. Ambos são instrumentos de política econômica que visam a um propósito comum: o melhor

⁶⁹ Tradução livre de: “Productivity growth is central because it is the single most important determinant of longterm consumer welfare and a nation’s standard of living.” PORTER, Michael. *Competition and antitrust: a productivity-based approach*. Disponível em: <http://www.isc.hbs.edu/Documents/pdf/053002antitrust.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016, p. 3. “If productivity growth is to be the new goal of antitrust, dynamic considerations should then have a more prominent role than static concerns (such as increases in market power and reductions in technical efficiency) [...]” ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Policy Roundtables. Paris, 2012, p. 15.

funcionamento do mercado, para que este desempenhe o seu papel social.⁷⁰ Ao mesmo tempo, cada qual apresenta mecanismos próprios para alcançar este fim e, ainda que muitas vezes um apoie o outro, em alguns casos existe certa tensão entre eles. Corretamente entender a dinâmica entre os dois sistemas é essencial para se compreender o papel do direito antitruste.

1.1.3.1 A confusão doutrinária

Os riscos da não delimitação entre os dois sistemas – de proteção da concorrência e de proteção do consumidor – são muito bem ilustrados pela atuação do *Federal Trade Commission* – FTC no início do século passado, entre os anos de 1914 e 1938.⁷¹

Até 1938, quando entrou em vigor o *Wheeler-Lea Act*, a competência do FTC se restringia, ao menos de maneira expressa, à proteção do direito da concorrência. Contudo, a autoridade, já no início dos anos 1920, passou a testar os limites de sua competência, sobretudo em relação à proteção de consumidores. Para tanto, buscou enquadrar na esfera da tutela da concorrência, atos de enganabilidade perpetrados por companhias.

O caso paradigmático nesse assunto foi da *Winsted Hosiery Co.*, julgado pela Suprema Corte. Nesse caso, a autoridade de defesa da concorrência americana buscava reprimir a conduta de uma companhia que estaria classificando suas malhas como sendo de lã. Essa conduta estaria levando os consumidores a acreditarem que o tecido era inteiramente feito deste material, e não parcialmente, como era a realidade.⁷²

Naturalmente, a autoridade precisava vincular essa lesão a um prejuízo à concorrência. A solução para tanto foi extremamente artificiosa: em caso de enganabilidade, o produto “falso” atrairia consumidores por meio da fraude, fazendo com que o comércio se desviasse do produto “autêntico” para o “falso”; conseqüentemente, os produtores de bens autênticos seriam afetados por uma conduta competitiva desleal.⁷³

Com a aceitação da tese pela Suprema Corte, o FTC iniciou uma forte campanha de repressão a práticas de “má rotulagem de produtos”, de “declarações falsas”, ou de “ofertas com tendência e capacidade de enganar”. Em pouco tempo esse tipo de ação dominou a

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Referência para o assunto, vide OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy. *Antitrust law journal*, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 18 set. 2015.

⁷² *Ibidem*, p. 138.

⁷³ OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 139.

prática da autoridade: em 1925, 70% das ações do FTC diziam respeito a propagandas enganosas.⁷⁴

O uso expansivo de sua competência levou à elaboração, pela autoridade, de teses muito duvidosas no intuito de manter a conexão dessa sua atuação com a proteção à concorrência. Não tardou para que o escopo da competência do FTC fosse revisto pela Suprema Corte.

A revisão empreendida se deu no caso *FTC v. Raladam Co.*, em 1931. Buscava a autoridade de defesa da concorrência uma ordem restritiva proibindo a empresa de fazer alegações enganosas e falsas quanto à segurança, efetividade e base científica de sua suposta cura para a obesidade.⁷⁵

Diante de sua incapacidade de reconhecer qualquer concorrente, atual ou potencial, ao produto da empresa, a Suprema Corte reviu a competência do FTC:

É a esse estado [a perda de concorrência] que é dado poderes à Comissão para corrigir, e é contra esse estado, e não qualquer outro, que a Comissão é autorizada a proteger o público. [...] Métodos desleais de comércio [como a falsa publicidade] não são, em si, métodos desleais de concorrência. Se poderes maiores são desejados, eles devem ser conferidos pelo Congresso.⁷⁶

E foi o que aconteceu. Não satisfeito com a interpretação dada aos poderes do FTC,⁷⁷ o Congresso promulgou o *Wheeler-Lea Act* em 1938, o qual expressamente dava poderes ao FTC para a proteção do consumidor.

1.1.3.2 Aproximações e diferenciações

Dentro da visão tradicional da concorrência, sobretudo iluminada pelos ditames da Escola de Chicago, os sistemas de proteção concorrencial e de proteção consumerista seriam mecanismos de intervenção econômica, que visariam um objetivo similar: o aumento da eficiência dos mercados. Por um lado, o primeiro objetiva proteger e, quando apropriado, ampliar as escolhas do consumidor. Por outro, sistemas de proteção do consumidor visam

⁷⁴ “The agency in this era regarded its mission as ‘protecting the public against those methods opposed to good morals because characterized by deception, bad faith, fraud or oppression. The agency also noted that “the law is not made for the protection of experts but for the public — that vast multitude which includes the ignorant, the unthinking and the credulous who, in making purchases, do not stop to analyze, but are governed by appearances and general impression.” OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 139.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 140.

⁷⁶ Tradução livre de: “It is that condition of affairs [the loss of competition] which the Commission is given power to correct, and it is against that condition of affairs, and not some other, that the Commission is authorized to protect the public. [...] Unfair trade methods [such as false advertising] are not per se unfair methods of competition. [...] If broader powers be desirable, they must be conferred by Congress.” *Ibidem*, p. 140.

⁷⁷ “The House Committee on Interstate and Foreign Commerce also observed: “[The] act is construed as if its purpose were to protect competitors only and to afford no protection to the consumer without showing injury to a competitor. Thus, if a person, partnership, or corporation has a monopoly in a certain field, so that there is no competitor, his acts, no matter how deceptive or misleading and unfair to the consuming public, may not be restrained.” *Ibidem*, p. 141.

aprimorar a qualidade dessa escolha, assegurando que estes possam exercitar sua escolha efetivamente e de forma confiante na justiça e na integridade do mercado.⁷⁸

Ao proteger a escolha do consumidor, o sistema de proteção consumerista auxilia, muitas vezes, a tornar o processo competitivo mais eficiente. Isso porque o empoderamento do consumidor diminui a assimetria de informação entre estes e o elo produtivo bem como minimiza algumas barreiras que diminuem a rivalidade do mercado.⁷⁹

Deixar consumidores mais bem informados é uma forma de incentivar, pelo lado da demanda, a concorrência, estimulando empresas a inovarem, a aumentarem a qualidade de seus serviços e a reduzirem seus preços.⁸⁰ Não se pode esquecer a importância da informação completa para o desenvolvimento da concorrência perfeita.

Por exemplo, normas que disciplinam a forma de apresentação de determinados contratos de prestação de serviços auxiliam o consumidor a comparar preços e qualidade entre os diferentes concorrentes, melhorando a sua tomada de decisão.⁸¹ Ao mesmo tempo, essa maior transparência estimula a concorrência entre os prestadores de serviços.

Outro exemplo se refere às medidas que reduzam o efeito *lock in* em relações contratuais. É o caso, por exemplo, da portabilidade do número de telefone ou de portabilidade de crédito, no setor bancário. Essas medidas reduzem o custo de transação de consumidores, acirrando a concorrência no mercado.

Em paralelo, o foco no lado da oferta acaba também por contribuir para o bem-estar do consumidor. Por exemplo, a preocupação com a competição reduz as desvantagens

⁷⁸ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The interface between competition and consumer policies*. Policy Roundtables. Paris, 2008, p. 18 “Put slightly differently, competition and market forces may themselves be important ways of addressing concerns about the efficacy with which consumers take complex choices, because firms in competitive markets have incentives to offer consumers solutions that allow potential gains from trade to be more fully realized.” Cf. também HARACOGLOU, Irina. Competition Law, Consumer Policy and the Retail Sector: the systems’ relation and the effects of a strengthened consumer protection policy on competition. *The competition law review*, v. 3:2; p. 175-208, 2007, p. 178: “Competition law is intended to ensure that the marketplace is competitive and is not distorted by anticompetitive practices, so that worthy options are made available to consumers. In the short term, consumers are allowed to choose from an array of options that would have been produced absent a competition violation; in the long term, it ensures the free market will be able to innovate. Competition law ensures, inter alia, that the economy responds to consumer demand rather than to government directions or individual business preferences.” Em sentido similar, AVERITT, Neil; LANDE, Robert. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law. *Antitrust law journal*, vol. 65, 1997. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1134798>. Acesso em: 20 jan. 2016, p. 15: “Trade regulation law is ultimately about choice, and choice is ultimately about options – getting them, keeping them, and selecting among them. The disciplines of antitrust and consumer protection law are best defined in terms of their roles in this process. An antitrust violation may be understood as an activity that unreasonably distorts or restricts the options that otherwise would be available to consumers. A consumer protection violation may be understood as activity that unreasonably interferes with consumer choice among the options provided in the marketplace. These two fields of law, acting together, give consumers the tools they need to exercise consumer sovereignty effectively.”

⁷⁹ “Nevertheless, interest in enabling consumers to activate competition more effectively appears to be growing and there are indications that thinking is becoming more sophisticated.” SYLVAN, Louise. *Activating competition: the consumer protection – competition interface*. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/system/files/20041029%20SA%20Uni%20Trade%20Practices%20Workshop.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016, p. 5.

⁸⁰ “The emphasis on creating competition in communication markets has been mainly through supply side measures but, in recent years, there has been more recognition that informed and empowered consumers can, through demand-side choices, stimulate firms to innovate, improve quality and compete in pricing. By making well informed choices between suppliers, consumers not only benefit from competition, but they drive and sustain it.” OECD, Policy Guidance for Protecting and Empowering Consumers in Communication Services (2008), p. 2

⁸¹ “Equally, confusopoly apparently deliberate attempts by firms to offer consumers choices that are confusing, for example, in terms of having prices that are difficult to compare with other offers in the market may well be a serious problem for some consumers.” ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The interface between competition and consumer policies*. Policy Roundtables. Paris, 2008, p. 22.

do monopólio, como o incentivo à cobrança de preços altos e o desincentivo a investimentos em qualidade.

Entretanto, ainda segundo essa visão tradicional, não necessariamente as duas políticas serão sempre complementares. Em diversas situações, proteger o consumidor pode prejudicar a concorrência, havendo um evidente choque entre os dois sistemas.

Nesse sentido, a Lei n. 9.294/1996 restringiu substancialmente o espaço para propagandas de produtos fumíferos a fim de proteger a saúde do consumidor. Todavia, em se tratando de um bem de experimentação, a medida ao mesmo tempo restringe a capacidade de concorrência dos agentes, sobretudo dos menos consolidados.⁸² Outro exemplo se refere às medidas que buscam estender ofertas promocionais à toda a base de assinantes em serviços continuados. Trata-se de medida prevista em projeto de lei (PL n. 45/2006) e, mais recentemente, incluída como obrigação para empresas prestadoras de serviços de telecomunicação por meio do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC (Resolução ANATEL n. 632/2014).

É fato que os descontos e as promoções servem como instrumento de competição entre os agentes desses mercados, fomentando a concorrência, obrigando os fornecedores a oferecer melhores condições para os consumidores. A alteração ao CDC proposta, ao diminuir o incentivo às promoções e aos descontos, terá um efeito imediato no processo competitivo nos vários mercados em que há contratos de consumo de longa duração. Assim, a restrição a promoções e descontos diminui a concorrência nos respectivos setores, provocando aumentos de preço e retirando o incentivo para a oferta de pacotes diferenciados.⁸³

Ademais, os sistemas de proteção do consumidor e da concorrência possuiriam, cada qual, seus próprios objetivos, suas próprias estruturas e seus próprios métodos. Cada um seria focado em um diferente aspecto do mercado. Enquanto a concorrência (em sua visão de pós-Chicago) visa garantir o bem-estar do consumidor como um todo, procurando assegurar a eles os benefícios de um sistema de mercado; a proteção do consumidor possuiria escopo mais reduzido, procurando permitir que o consumidor individual se beneficie das transações no mercado.^{84 - 85} Em outros termos, poder-se-ia dizer que o objetivo da proteção do consumidor seria o de nivelá-lo frente ao produtor.⁸⁶

⁸² “O segundo efeito, por sua vez, adviria das barreiras criadas para a comunicação constante entre o consumidor e os agentes atuantes no mercado ou para divulgar marcas entrantes. Tendo em vista a natureza do produto, sua propaganda torna-se elemento fundamental, (i) para fidelizar novos clientes (ou manter a fidelidade dos já consumidores) ou (ii) para estimular que o consumidor de outra marca experimente seu produto. Tendo em vista as fortes restrições regulatórias para a publicidade do cigarro, adiante detalhadas em tópico específico, a comunicação via ponto de venda mostrar-se-ia de fundamental importância, pelo que a exclusividade de merchandising e exposição poderia apresentar efeitos nocivos à concorrência.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimento Nº 08700.002004/2012-99. Relator: Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 04 jul. 2012.

⁸³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Afinal, o que beneficia o consumidor? *Folha de São Paulo*, jan. 2007. Disponível em: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/4. Acesso em: 7 ago. 2015..

⁸⁴ OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 154.

Enquanto uma infração à concorrência seria direcionada à competição do mercado – e não (ao menos diretamente) ao consumidor –, uma infração ao direito do consumidor se refere a situações em que estes têm sua escolha, sua segurança ou sua saúde afetadas por um ato comercial. Assim, as falhas no processo de mercado que dariam causa à intervenção antitruste seriam externas à relação do consumidor, enquanto as falhas que justificam a proteção consumerista seriam internas a esses.⁸⁷

Todavia, essa diferenciação perde muito de seus contornos a depender da estrutura de mercado e da posição que um agente econômico nele possui. A detenção de poder de mercado faz com que condutas, inicialmente fora do escopo do direito antitruste passem a ter implicações concorrenciais.⁸⁸ Afinal, diante de situações de poder de mercado, apenas empoderar o consumidor pode ser pouco para que a empresa dominante ofereça produtos ou serviços melhores ou mais baratos.

Assim, existe uma necessária e indissociável relação entre as duas esferas de proteção, mormente quando diante de condições estruturais específicas do mercado. Se, por um lado, a existência de potencial prejuízo ao consumidor não é suficiente, por si só, para justificar a intervenção do instrumental antitruste; não se pode negar, por outro lado, que, verificadas condições estruturais, o direito antitruste e o direito do consumidor podem se confundir, e violações aos direitos do consumidor podem representar infrações antitruste. O importante é reconhecer que o direito da concorrência não é um remédio universal para todas as falhas do mercado, mas que também não se pode recusar a enfrentar tais falhas quando essas têm o condão de ferir a livre concorrência.

⁸⁵ “While competition and consumer policy have the common goal of helping markets work well for consumers and for fair-dealing companies, the two policies often target different types of conduct in a non-interchangeable way: consumer policy for example may point at misleading and deceptive advertising, while competition policy may aim at cartels. Things may be of concern from a competition perspective that do not raise any direct consumer concern, and vice versa. For example, the terms in an individual contract may be of great consumer concern but have no competition implications.” HARACOGLOU, Irina., *op. cit.*, p. 177

⁸⁶ “Consumer protection policy and law, however, target the interests of the consumer more directly and aim at leveling the playing field between people that are acting in their trade or profession and people who are not.” HARACOGLOU, Irina., *op. cit.*, p. 181. A vulnerabilidade do consumidor frente ao produtor é legalmente reconhecida no Brasil. Conforme o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, art. 4º: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.”

⁸⁷ AVERITT, Neil; LANDE, Robert., *op. cit.*, p. 6. Exemplo de falhas são: coerção, influência indevida, enganosidade, informações incompletas ou confusas.

⁸⁸ A afirmação é válida não só para a relação direito do consumidor e direito concorrenciais, mas também entre direito concorrenciais e propriedade intelectual (concorrência desleal). A esse respeito, cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.008554/2008-93. Voto-vista Conselheira Ana Frazão. Julgado em 20 ago. 2014.

1.2 O necessário (re)preenchimento axiológico do direito da concorrência

A centralização no discurso antitruste da esfera econômica trouxe, a despeito de maior coerência sistêmica, um esvaziamento axiológico sobre a prática de defesa da concorrência.

Fortes na crença de uma regulação “leve” dos mercados, a Escola de Chicago enxergava um papel muito restrito para a política de defesa da concorrência, marginalizando qualquer propósito político, moral ou social.⁸⁹ A dúvida deixou de ser se argumentos não-econômicos poderiam sobrepujar eficiências produtivas, mas, isto sim, se tais argumentos teriam qualquer importância.⁹⁰

Essa “purificação” do direito antitruste, deixando de lado diversos outros objetivos – promoção de integração econômica, proteção de pequenas empresas, proteção do consumidor, política industrial, controle do poder político de agentes privados, combate à inflação⁹¹ ou mesmo superação da pobreza⁹² – assumia um papel metodológico importante para a teoria, racionalizando a regulação econômica.

A falta de um objetivo claro para a regulação econômica seria um problema para a legitimação da atividade reguladora.⁹³ Diante de uma pluralidade de objetivos, o processo decisório ganha especial complexidade, uma vez que se torna necessário não apenas identificar quais interesses devem ser ponderados, como também priorizar um interesse em relação a outro.

Com uma teoria “simples”, bem estruturada, e com um objetivo claro, a Escola de Chicago traz um conforto para a implementação da política de defesa da concorrência. O direito antitruste ganhava, assim, um caráter técnico, eminentemente liberal, de correção das distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Difícil escapar, no ponto, da associação de tal modelo com a regulação do Estado Liberal, em que a atividade reguladora não tinha

qualquer escopo maior, era desprovida de qualquer ideia de justiça distributiva, de planejamento de políticas públicas, de direção e/ou coordenação do conjunto das forças estatais e sociais na senda de determinados objetivos, sejam eles educacionais, sociais, ecológicos, econômicos, trabalhistas, etc.⁹⁴

⁸⁹ STUCKE, Maurice., *op. cit.*, p. 563.

⁹⁰ PITOFKY, Robert. The political content of antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, pp.1051-1075, 1979, p. 1051. Continua o autor: “There probably has never been a period comparable to the last decade, however, when antitrust economists and lawyers have had such success in persuading the courts to adopt an exclusively economic approach to antitrust questions.” *Ibidem*.

⁹¹ MOTTA, Massimo., *op. cit.*, pp. 18-30.

⁹² FOX, Eleanor., *op. cit.*

⁹³ FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search of the Public Interest. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (Eds.) *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 39-63.

⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Todavia, essa “pureza” é feita à custa da absoluta desconsideração de uma série de interesses que a própria coletividade pode reconhecer como relevantes. Esse vazio axiológico é muito questionado hoje em dia, por não se coadunar mais com a atual concepção de Estado, o qual não deve quedar inerte ou neutro em diversas questões sociais. Exige-se dele, isto sim, um papel proativo para a consecução de fins sociais. Eficiência não poderia, por si só e exclusivamente, ser o norte da atuação estatal.⁹⁵ Afinal, não se pode esquecer que o mercado não é um fim em si mesmo, mas uma construção jurídica voltada para promover interesses sociais.⁹⁶

Trata-se de perspectiva que deveria permear toda a função reguladora do Estado Democrático, legitimada na concretização de direitos. Eis que se tem a finalidade da regulação

como o alcance de um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral e não o de mera potencialização de um mercado regulado pretensamente indiferente ao contexto dos direitos políticos e sociais circundantes.⁹⁷

Especificamente no campo da concorrência, essas transformações do Estado justificariam a concepção do direito da concorrência como instrumento de política pública. Essa concepção de concorrência, nomeada “concorrência-instrumento”, em contraposição à “concorrência-condição”, rejeita a noção de que a concorrência deve ser tomada pelo Estado como um fim em si mesmo, sustentando que ela é tão somente um meio, *eventualmente privilegiado*, para se obter o equilíbrio na atividade econômica.⁹⁸

Disso decorre que é possível sacrificar a concorrência em homenagem a outros valores. Essa instrumentalidade da concorrência seria percebida quando esta se converte em meio utilizado pelo Estado para influir nos processos de organização do mercado e, simultaneamente, para obter a consecução de determinados objetivos de política social – i.e. instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas.

⁹⁵ “Ultrapassadas as falhas de mercado, vale dizer que a intervenção estatal não se limita a corrigi-las. O Estado tutela outros interesses e, à custa ou não de maior eficiência nos mercados, pode intervir para garantir maior equidade. Medidas distributivas podem se sobrepor a ações que visam melhorar a eficiência, estando legitimadas entre as funções abrangidas pela intervenção do Estado na economia.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *op. cit.*, pp. 34-35.

⁹⁶ “[...] markets should be understood as a legal construct, to be evaluated on the basis of whether they promote human interests, rather than as a part of nature and the natural order, or as a simple way of promoting voluntary interactions.” SUNSTEIN, Cass R. *Free Markets and Social Justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997 (edição Kindle), pos. 69. “Isto posto, gostaria de antecipar a hipótese que o direito de defesa da concorrência regula o poder econômico tendo em vista um determinado ideal de funcionamento dos mercados, ideal este pré-ordenado, do ponto de vista do desenvolvimento do capitalismo moderno e da convergência político-jurídica no plano internacional que vem mais ou menos a reboque, às instâncias políticas nacionais. Com efeito, de acordo com esta concepção normativa, os mercados não existem por e para si mesmos, mas devem funcionar como instrumentos de produção de eficiências generalizáveis.” SCHUARTZ, Luís Fernando. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf. Acesso em: 22 jan. 2016, p. 2.

⁹⁷ ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de direito regulatório*. Coleford: Laccademia Publishing, 2014 (edição Kindle), pos. 735.

⁹⁸ FORGIONI, Paula A. *op. cit.*, p. 84.

Apesar das dificuldades práticas que a abertura finalística do direito da concorrência traz consigo, não se pode ignorar a necessidade de enfrentamento delas em um sistema democrático.⁹⁹ Para o melhor delineamento dos princípios substantivos que devem orientar a função regulatória, seja por meio daqueles relacionados à eficiência econômica¹⁰⁰, seja por meio daqueles mais atrelados a objetivos distributivos, deve-se retornar à Constituição.¹⁰¹

O ponto de partida é verificar que o princípio da livre-concorrência (Constituição Federal, artigo 170, caput) deve ser lido em conjunto com os demais princípios e fins previstos na carta política, que é o que permite compreendê-la como um instrumento capaz de promover a transformação social.¹⁰²

A Constituição brasileira persegue objetivos mais amplos e maiores do que apenas o livre mercado, pelo que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência devem ser vistos como instrumentais para a promoção da dignidade humana. Isso porque todos os princípios da ordem econômica, elencados no *caput* do art. 170 da Constituição têm “por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Ademais, retornando aos fundamentos da República, estabelecidos no art. 1º da Constituição, observa-se a enunciação, novamente, da dignidade da pessoa humana (inciso III) e o valor social da livre iniciativa (inciso IV).¹⁰³

⁹⁹ Cf. PITOFISKY, Robert. *op. cit.*, p.1052. “*But despite the inconvenience, lack of predictability, and general mess introduced into the economists' allegedly cohesive and tidy world of exclusively micro-economic analysis, an antitrust policy that failed to take political concerns into account would be unresponsive to the will of Congress and out of touch with the rough political consensus that has supported antitrust enforcement for almost a century.*” Vide também HOVENKAMP, Herbert., *op. cit.*, p. 71: “*The Chicago School offers simplicity, elegance and often relatively easy answers to antitrust questions. The alternatives are almost always messier, more expensive, and less determinate. But policy has to reflect the world we live in, and the world is a messy place.*”

¹⁰⁰ “A eficiência produtiva é fundamental para reformar a sociedade. E esta necessita, obrigatoriamente, de crescimento de escala e de concentração. O que é necessário discutir é a apropriação dos frutos desse aumento de eficiência. E, nessa direção, o Estado tem papel fundamental para evitar distorções alocativas que beneficiem apenas o grande capital em detrimento dos interesses sociais.” SICSÚ, Abraham Benzaquen; MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *Competitividade, política de defesa da concorrência e soberania nacional: avaliações sobre o caso brasileiro*. Disponível em: < <http://www.unicap.br/real/artigos/Texto11ProfAbraham.pdf>> Acesso em 27/08/2013, p. 9

¹⁰¹ PROSSER, Tony., *op. citb*

. Curiosamente, diante da tardia incorporação efetiva de uma pauta concorrencial na ordem econômica brasileira, a evolução dessa área do direito se manteve alijada de uma maior contextualização constitucional. Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. *A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. Disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 11 dez. 2014: “A teoria oficial do direito de defesa da concorrência brasileiro [...] é uma teoria que se construiu e desenvolveu à margem da ou com indiferença às Constituições vigentes desde sua gestação [...]”.

¹⁰² “Embora seja assim, força é reconhecemos, de uma parte, que a livre concorrência é elevada a condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social. De outra, que força transformadora também nela está contida, força que poderá ser desencadeada na ruptura do regime político. Note-se que a Constituição de Portugal (texto da primeira revisão, de 1982) [...] no seu art. 61 assevera: ‘A iniciativa econômica privada pode exercer-se livremente enquanto instrumento do progresso colectivo, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei.’ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14ª ed. atual. e rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 216.

¹⁰³ “Evidentemente a Constituição não persegue modelo de mercado apartado da livre iniciativa e da livre concorrência – muito ao contrário. Os princípios veiculados em seu art. 170 e todas as regras que a partir deles se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação.” FORGIONI, Paula A. *op. cit.*

1.2.1 Uma proposta de escopo para o direito antitruste

Feitas as considerações acima, é possível se chegar a uma proposta referente ao campo de atuação do direito antitruste para os fins do presente trabalho. Essa proposta não se pretende exaustiva ou mesmo conclusiva sobre a importância da proteção da concorrência e sua relação com outras pautas de um estado democrático. Visa tão somente permitir o desenvolvimento da análise que se segue.

Primeiramente (i), reconhece-se que o direito antitruste visa garantir o livre funcionamento do mercado, assegurando o interesse difuso à livre concorrência.¹⁰⁴ Mercados competitivos asseguram que empresas buscam ser mais eficientes, irão lançar produtos novos, melhores e a preços menores.¹⁰⁵ Por outro lado, consumidores terão acesso a uma gama maior de bens e serviços, pagando menos por isso. Ao buscar a equalização do custo marginal das empresas à demanda de mercado, o processo competitivo assegura que a maior parcela¹⁰⁶ dos consumidores seja atendida, ao menor preço possível.¹⁰⁷

A concorrência passa a ser peça central para se assegurar o funcionamento saudável do mercado:

Ela cria os incentivos para as empresas aumentarem (a) a eficiência produtiva, i.e., a produzirem mais com menos, (b) a eficiência alocativa, i.e., a dispender recursos onde a valoração de um bem pelo consumidor é superior ao custo de produzir tal bem, e (c) para investir em inovação. Ademais, concorrência é uma forma de dispersão do poder privado. A dispersão do poder privado protege (d) pequenas empresas de serem privadas por empresas maiores de sua liberdade de competir, e (e) o processo democrático. Finalmente, (f) concorrência assegura que contratos não serão apenas economicamente eficientes, mas também gerarão resultados distributivos que podem ser presumidos como justos.¹⁰⁸ Essa propriedade de geração

¹⁰⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.008554/2008-93. Voto-vista Conselheira Ana Frazão. Julgado em 20 ago. 2014.

¹⁰⁵ WHISH, Richard; BAILEY, David.. op., cit., p. 4.

¹⁰⁶ Isso porque a produção de uma unidade adicional além do ponto de interseção da curva de custo marginal com a curva de demanda deixaria de ser rentável ao produtor – pelo que não é razoável esperar a produção dessa unidade.

¹⁰⁷ “Competition stimulates innovation, productivity and competitiveness, contributing to an effective business environment. This generates economic growth and employment. It creates possibilities for small and medium sized enterprises, removes barriers that protect entrenched elites and reduces opportunities for corruption. Competition therefore increases a country's attractiveness as a business location, triggering national and foreign investments. Competition also delivers benefits for consumers through lower prices, improved services and greater choice. In this sense, Competition generates total consumer welfare.” NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Why competition and consumer protection matter*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/why-competition-matters.aspx>. Acesso em: 24 jan. 2016.

¹⁰⁸ A justiça distributiva dos contratos é um interessante ponto trabalhado pelo autor. Ao mitigar formas de abuso de poder econômico o antitruste garantiria maior igualdade entre as partes contratantes, eliminando formas de coerção. “As long as contracts are entered into voluntarily between competent parties, absent fraud, error, and vastly unequal bargaining power, we may plausibly presume the distributional outcome of an agreement to be fair. [...] Antitrust seeks to prevent systemic inequality in bargaining and thus does its part in protecting the institution of the contract as a justice generating procedure.” KAISER, Hanno. *Antitrust Law and Policy: an introduction*. Disponível em: <http://hannokaiser.com/lawschool/2013-svat/at-v2-1-intro.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015, p.4.

de justiça nos contratos é essencial para a legitimação moral do sistema político e econômico.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

Em segundo lugar (ii), na forma de distribuição dos recursos da sociedade visada pelo direito antitruste, eficiência tem um papel limitado.¹¹¹ A proteção da concorrência não pode ser reduzida a questões econômicas, mas deve ser também pautada por questões essencialmente jurídicas, como a de possibilitar o equilíbrio entre as liberdades dos diversos agentes econômicos, consumidores, pequenas empresas e até mesmo aqueles que estão afastados do mercado em razão da pobreza.¹¹²

Em terceiro lugar (iii), o escopo do direito antitruste não é inconsistente com a promoção do bem-estar do consumidor. Muito pelo contrário. Ele é o maior beneficiado de um sistema competitivo. Defesa do consumidor e defesa da concorrência são sistemas complementares interdependentes. Ambos são instrumentos de política econômica que visam a um propósito comum: o aperfeiçoamento do mercado¹¹³ como forma de se promover a existência digna de todos.¹¹⁴ Por essa razão, o exame antitruste deve ponderar questões como o impacto decorrente da redução de alternativas para o consumidor ou as consequências do aumento da assimetria de empresas perante estes.

Todavia (iv), mercados competitivos não necessariamente existem de forma natural no mercado. A busca pela maximização de lucro gera incentivos aos agentes privados evitarem a concorrência e a praticarem condutas abusivas. Justamente aí que se faz necessário a intervenção do direito antitruste, de forma a assegurar a competição no mercado.

¹⁰⁹ “Competition, the focus of our inquiry, is essential for a functioning market system. It creates the incentives for firms to increase (a) productive efficiency, i.e., to produce more with less, (b) allocative efficiency, i.e., to deploy resources where the value placed on a good by the consumer is greater than the cost of making it, and (c) to invest in innovation. In addition, competition disperses private power. Dispersion of private power protects (d) smaller firms from being deprived of their freedom to compete by more powerful firms, and (e) the democratic process. Lastly, (f) competition ensures that contracts are not only economically efficient but also generate distributive outcomes that can plausibly be presumed to be fair. The fairness-generating properties of contracts are essential to the moral legitimacy of the economic and the political system.” KAISER, Hanno., *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁰ Trata-se de valoração da livre concorrência que se tornou paradigma no direito americano a partir do voto de Hugo Black no caso *Northern Pacific Railway Comp. v. U.S.*, de 1958: “The Sherman Act was designed to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Northern Pacific Railway Comp. v. U.S.* 1958. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/case.html>. Acesso em: 28 jan. 2016.

¹¹¹ “[...] economics is dominant but necessary attention is paid to non-economic concerns when these have been articulated by Congress. Much Chicago School analysis is written as if there were only one antitrust statute and it read ‘Promote business efficiency.’ But that is not the antitrust statute that we have. The antitrust student begins with a body of statutes in which economic efficiency plays a disturbingly small part. The relative weight given to efficiency concerns in this book already exceeds by a wide margin the proportion justified by the legislative history of the major antitrust statutes. But competing concerns, such as those for protecting consumers from wealth transfers (whether caused efficient or inefficient practices), and even more unholly concerns, such as protecting other interest groups that Congress was determined to protect, simply cannot be ignored. If they are, then we are not living in a democratic society.” HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 69. Em sentido similar, MOTTA, Massimo. *op. cit.*, p. 30 “This does not imply that objectives or public policy considerations other than economic efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible.”

¹¹² FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson; Freire, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2014, pp. 139-158.

¹¹³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The interface between competition and consumer policies*. Policy Roundtables. Paris, 2008, p. 17.

¹¹⁴ FRAZÃO, Ana., *op. cit.*

Assim (v), para materializar o intuito apresentado em (i), pode-se identificar que o plano de ação da intervenção do direito antitruste se dá de forma a proteger a concorrência, o sistema competitivo.¹¹⁵ Essa consideração é crucial para se definir o escopo de ação do direito antitruste, ou, em outras palavras, da diferenciação entre o campo concorrencialmente lícito e o concorrencialmente ilícito.¹¹⁶

O processo competitivo produz, naturalmente, prejuízo a alguém. Uma companhia que vence uma licitação, por exemplo, prejudica seu concorrente, que perdeu essa oportunidade de negócio. Competição envolve, necessariamente, vencedores e perdedores. Mas é justamente essa possibilidade de perda que pressiona os agentes privados a ofertarem melhores produtos a menores preços e, assim, conquistar um consumidor. Em outras palavras, o que torna o direito antitruste um objeto socialmente relevante é a sua capacidade de promover a concorrência, de proteger o processo competitivo, e não a tutela direta de competidores. Trata-se de constatação reconhecida e aplicada tanto no direito norte-americano¹¹⁷, quanto no Brasil:

O escopo da Lei Antitruste não é proteger individualmente seus agentes, mas sim zelar pela existência e manutenção do ambiente concorrencial como um todo. As relações privadas existentes entre empresas que não afetarem a concorrência não se sujeitam às autoridades concorrenciais e eventuais prejuízos derivados de contratos empresariais devem ser discutidos em âmbito judicial, e não concorrencial. Como no presente caso a concorrência no mercado de cerveja não foi afetada por tais lides privadas, não cabe ao CADE interferir naquelas relações.¹¹⁸

Em conclusão (vi), o direito antitruste é o direito do controle do poder econômico, cujos objetivos devem ser traçados a partir dos princípios e regras constitucionais pertinentes.¹¹⁹

1.2.2 O controle do poder econômico: formas de atuação do direito antitruste

Para concretizar seu objetivo de oferecer aos agentes do mercado a possibilidade de livre escolha e de descoberta da melhor opção de conduta, o conteúdo central do direito

¹¹⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *What is competition on the merits*. Policy brief. Paris, 2006, p.1.

¹¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. Single-firm conduct and section 2 of the Sherman Act: an overview. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1>. Acesso em: 24 jan. 2016.

¹¹⁷ Cf., a título de exemplo, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc. 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/477/case.html>. Acesso em: 28 jan. 2016. “*The antitrust laws, however, were enacted for “the protection of competition, not competitors.”*”

¹¹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.004363/2000-89. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 28 out. 2009.

¹¹⁹ FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

antitruste é a regulamentação do poder econômico.¹²⁰ Nesse sentido, esse campo do direito pode ser entendido, dogmaticamente, como o conjunto de princípios e normas jurídicas reguladoras do poder econômico e de suas manifestações no interior de mercados definidos como relevantes.¹²¹

O poder econômico pode ser visto como o estado de independência de um agente econômico face às instituições do mercado (seja em relação aos consumidores, seja em relação aos concorrentes). Trata-se do “poder de determinar as regras do jogo de forma unilateral, independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado.”¹²²

Em sua manifestação econômica¹²³, como poder de mercado (ou posição dominante), refere-se à capacidade de um agente poder se comportar de forma independente sem tomar em consideração, em nenhuma extensão substancial, seu concorrente, clientes ou fornecedores.¹²⁴

Se em um mercado competitivo essa possibilidade de atuação independente é constringida pelo risco dos consumidores migrarem para um concorrente, tornando economicamente irracional essa atuação, para o detentor de poder econômico inexistente essa limitação. Este poderá aumentar preços, diminuir a oferta ou reduzir a qualidade de seu produto de forma economicamente racional. Aproveitando-se da clássica metáfora de Adam Smith, trata-se de uma independência do agente econômico à *mão invisível* que orienta a economia.¹²⁵

O poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do instrumento fundamental do mercado, verdadeira representação da “mão invisível” de Adam Smith: o preço. O preço em uma situação normal deve ser representação da escassez relativa de m produto. Em uma situação de monopólio, no entanto, o preço não transmite para o consumidor informação sobre a real escassez do produto. É decorrência, isso sim, do poder do agente econômico, que, sendo responsável por grande parte da produção, é capaz de reduzir a oferta de forma a obter aumento de preços e, conseqüentemente, o chamado “lucro monopolista”.¹²⁶

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto., *op. cit.*, p. 60.

¹²¹ SCHUARTZ, Luís Fernando. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrencia_moderno.pdf. Acesso em: 22 jan. 2016, p. 1.

¹²² FORGIONI, Paula A. *op. cit.*, pp. 274-275.

¹²³ Não se pode esquecer a manifestação sócio-política do poder econômico, que, como visto anteriormente, está nas raízes do direito antitruste. “Tal período está principalmente ligado ao surgimento, nos Estados Unidos, do Sherman Act e do Clayton Act, como reação à crescente concentração do poder econômico, posto que se o julgava - este é o discurso oficial - como uma ameaça ao princípio da descentralização do poder social como pressuposto da democracia política.” *Ibidem*, p. 3.

¹²⁴ Tradução livre de “[...]when they have the power to behave independently without taking into account, to any substantial extent, their competitors, purchasers and suppliers”. UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Justiça. *United Brands v. Commission*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=FR>. Acesso em: 29 jan. 2016.

¹²⁵ “Poder econômico consiste na possibilidade de exercício de uma influência notável e em princípio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, a qual influi necessariamente na conduta das demais concorrentes em dado mercado, ou, noutros termos, na possibilidade de ação individual por parte de um agente econômico subtraindo-se à influência de seus concorrentes, através de uma conduta indiferente e delas efetivamente independente em alto grau.” GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira, *op. cit.*, p. 57.

¹²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto., *op. cit.*, p. 61.

Mas o poder econômico não é, em si, ilícito. Afinal, o poder econômico é um fato, é uma realidade social e histórica.¹²⁷ O que o direito antitruste visa coibir é o seu abuso, conforme se pode depreender do artigo 143, §4º da Constituição Federal.¹²⁸⁻¹²⁹

1.2.2.1 Atuação repressiva: o controle de condutas

Tem-se, assim, a primeira forma de manifestação do direito antitruste, que se refere à repressão de condutas contra a ordem econômica, que são manifestações de abuso do poder econômico, individual ou coletivo. Nesse sentido, condutas podem ser classificadas como unilaterais ou como colusivas.

Condutas unilaterais se referem àquelas praticadas por um agente econômico detentor de poder econômico com o objeto, ou o efeito, de distorcer a concorrência do mercado.¹³⁰ É o caso de condutas exclusionárias, em que uma empresa busca eliminar seus concorrentes, o que se pode dar de diferentes formas: acordos de exclusividade na cadeia produtiva, preços predatórios, impedimento de acesso a insumos, recusa de venda, venda casada, entre tantos outros exemplos. Com efeito, diante da multiplicidade de condutas que podem prejudicar a concorrência, os sistemas jurídicos trazem uma tipologia aberta para a classificação desse tipo de conduta.¹³¹

Destaca-se, mais uma vez, que a detenção de monopólio, ou mais genericamente de poder de mercado, não configura uma infração à concorrência. Monopólio não é, em si, a preocupação do direito antitruste.¹³² Alcançar a posição de dominância por mérito próprio –

¹²⁷ “Trata-se do fato de que o poder econômico [...] foi constitutivo das relações econômicas nos países subdesenvolvidos. A maioria, senão a quase totalidade deles, tem sua história intimamente ligada à colonização europeia. A condição de colônia, muito além da dependência externa, criou estruturas internas de poder no campo econômico que marcaram e marcam todo o processo de desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) dessas sociedades.” SALOMÃO FILHO, Calixto., *op. cit.*, p. 52.

¹²⁸ “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

¹²⁹ “É importante notar, neste contexto, que, ao lado deste ideal de mercado implícita ou explicitamente aceito de maneira mais ou menos geral, os sistemas jurídicos e políticos contêm o reconhecimento, também implícito ou explícito, do poder econômico como fenômeno juridicamente permitido, na medida em que se limitam a estabelecer, para os representantes do poder econômico, uma série de condutas ilícitas passíveis de repressão com base no abuso do poder, não na sua constituição em si ou no seu exercício puro e simples.” SCHUARTZ, Luís Fernando. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrancia_moderno.pdf. Acesso em: 22 jan. 2016, p. 1.

¹²⁹ FORGIONI, Paula A. *op. cit.*, pp. 274-275, p. 2. O autor apresenta interessante análise de momentos diferentes da evolução do direito antitruste e sua relação com o poder econômico, seja de seu momento inicial de supressão, ao de aproveitamento positivo.

¹³⁰ Lei n. 12.529/2011, artigo 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.” A legislação brasileira, nesse aspecto, seguiu a prática europeia. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.006923/2002-18. Voto-vista Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Julgado em 20 de fevereiro de 2013: “Trata-se de um sistema de previsões normativas evidentemente inspirado no regime comunitário europeu de proteção e defesa da concorrência, cuja origem mais remota está nos artigos 65 e 66 do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, assinado em Paris em 19512.”

¹³¹ É o caso da legislação brasileira, em que o rol de condutas previstas no artigo 36, §3º da Lei n. 12.529/2011 é meramente exemplificativo. FORGIONI, Paula A. *op. cit.*, p. 136.

¹³² POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 5.

i.e., por ser um agente mais eficiente – não é uma infração à concorrência.¹³³ Por essa razão, para se caracterizar uma conduta unilateral de infração à ordem econômica, é essencial não só a identificação da posição de dominância de mercado, mas também a existência de uma conduta exclusionária¹³⁴ – que nada mais é do que a manifestação efetiva desse poder de mercado.¹³⁵

Condutas colusivas se referem a práticas concertadas entre concorrentes para eliminar a concorrência. O exemplo clássico é o cartel, que são acordos anticompetitivos entre concorrentes para fixar preços, limitar a oferta ou dividir mercados.¹³⁶⁻¹³⁷

Por meio de tal prática, os agentes econômicos conseguem extrair maiores vantagens econômicas, assim como uma simples empresa monopolista conseguiria, dado que tais acordos permitem às empresas exercerem poder de mercado que, de forma individual, não teriam.¹³⁸ Por tal razão, os prejuízos causados por cartéis relacionam-se aos de monopólios: (i) ineficiências alocativas¹³⁹⁻¹⁴⁰; (ii) transferência (indevida) de renda dos consumidores para os agentes econômicos¹⁴¹; e (iii) falta de inovação nos mercados (ineficiência dinâmica).

Cartel é considerado a mais grave infração antitruste,¹⁴² representando o “câncer de uma economia de mercado.”¹⁴³ Isso porque, ainda que possa gerar os mesmos efeitos que

¹³³ Lei 12.529/2011, artigo 36, §1º: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

¹³⁴ “*Exclusionary conduct is aimed at protecting a firm’s market position from encroaching competitors. It is defensive in nature. Exclusion involves a single market (A) that the excluding firm seeks to defend against competitors who seek entry or expansion. Leveraging is different. It involves two markets, one in which the leveraging firm has meaningful market power (A) and another in which it faces more competition (B).*” KAISER, Hanno., *op. cit.*, p. 10.

¹³⁵ HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 271. “*Exclusionary practices are acts by the monopolist designed to discourage potential competitors from entering the field, or to prevent competitors from increasing output.*”

¹³⁶ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Hard Core Cartels*. Reports. Paris, 2000, p. 6

¹³⁷ No Brasil, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem definido os cartéis clássicos nos seguintes termos: “[O cartel] é definido como acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.002127/2002-14. Relator Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13 jul. 2005.

¹³⁸ MOTTA, Massimo, *op. cit.*, p. 137

¹³⁹ “*The result will be that output is lower than would be attained under perfect competition and that therefore consumers will be deprived of goods and services that they would have been prepared to pay for at the competitive Market price. There is therefore allocative inefficiency in this situation: society’s resources are not distributed in the most efficient way possible.*” WHISH, Richard; BAILEY, David. *op. cit.*, p. 06.

¹⁴⁰ A essa ineficiência relaciona-se o problema do peso morto do monopólio (*deadweight loss*), que representa a parcela de consumidores que adquiririam o bem a preço competitivo, mas o deixa de fazer ao preço de monopólio. “Do ponto de vista prático, todos os consumidores que estiverem dispostos a pagar acima do custo marginal do produto pela sua obtenção, porém possuam preços de reserva abaixo do preço monopolístico, não serão atendidos. O não atendimento a esses consumidores, ou a perda da utilidade atribuída por eles ao bem, representa um resultado socialmente ineficiente, pois esse valor não é apropriado pelo monopolista, mas simplesmente destruído. A escassez artificial criada pelo monopolista gera uma perda de utilidade que não é compensada de qualquer outra forma e, por isso, diminui a riqueza da sociedade como um todo.” GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006, p. 80.

¹⁴¹ “*These recently exposed cartels have affected over US\$10 billion in US commerce, which implies overcharges by these particular cartels of US\$ one billion in the United States alone, and total global overcharges by these particular cartels in the billions of dollars.*” ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Hard Core Cartels*. Reports. Paris, 2000, p. 12.

¹⁴² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Hard Core Cartels*. Reports. Paris, 2000, p. 6.

¹⁴³ WHISH, Richard; BAILEY, David. *op. cit.*, p. 514. “A respeito, cf SCHUARTZ, Luis Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes* in POSSAS, Mário L. (org). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135, p.119-120: “Cartéis hard-core são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas por toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos, também como criminosos.”

um monopólio, cartéis não contam com o (potencial) benefício de gerar alguma vantagem social, sendo considerados uma restrição pura à concorrência.

Por gerarem sempre efeitos líquidos negativos¹⁴⁴ e por distorcerem o que há de mais basilar na defesa da concorrência¹⁴⁵, tem havido uma forte mobilização internacional para o combate dos cartéis *hardcore*, especialmente fomentada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE. Em 1998 a organização lançou a *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*¹⁴⁶, clamando para que os países adotassem efetivas práticas de repressão a esse ilícito.¹⁴⁷ No Brasil, em outubro de 2009, foi lançada a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis, incitando maior articulação entre as autoridades, não só administrativas, mas também criminais, para a repressão da prática.

1.2.2.2 Atuação preventiva: o controle de estruturas

A preocupação com o controle preventivo do poder econômico, exercido na forma de análise de atos de concentração, surge em momento posterior da história do direito antitruste, como reação a então recente punição de condutas anticompetitivas. Diante da ilegalidade dos cartéis, os agentes econômicos, para viabilizarem os seus ganhos de outrora, se socorreram à concentração econômica estrutural. Afinal, como visto acima, a mera detenção de poder de mercado não seria, em si, ilícita. A aplicação do *Sherman Act* como forma de evitar a consolidação empresarial ainda levaria alguns anos.¹⁴⁸

A preocupação com o controle de concentrações é evidente: após a concentração o mercado perde um competidor independente, e passa a contar com um agente com maior participação de mercado (indicativo de *potencial* poder de mercado). Essa estrutura facilita o exercício de comportamentos oligopolistas ou a colusão tácita.

¹⁴⁴ Isto é, ainda que, teoricamente, pudessem gerar algum tipo de benefício, estes jamais superaríamos os prejuízos causados. O tema será tratado em maior profundidade quando se discutir standards de julgamento para os ilícitos antitruste.

¹⁴⁵ WHISH, Richard; BAILEY, David, *op. cit.*, p. 513

¹⁴⁶ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, 25 de março de 1998. Disponível em: < <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>> Acesso em: 18 set. 2013.

¹⁴⁷ A respeito, cf SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes in POSSAS, Mário L. (org). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135, p.119-120: “Cartéis hard-core são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas por toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos, também como criminosos.”

¹⁴⁸ “Sometimes, in oligopolistic markets where few firms, while competing, collectively controlled a market, the competitors find it to their mutual advantage to merge. However, the initial attempt to apply the Sherman Act to consolidations was unavailing. As a result of that decision and the perception that the Sherman Act was aimed primarily at cartels, an unprecedented wave of industrial consolidations took place from 1895 to 1904. Indeed, between 1897 and 1904, 4,227 firms merged into 257 consolidated enterprises. By 1904, it is estimated that 318 “trusts” controlled two-fifths of U.S. manufacturing assets.” ROGERS III, Paul. A concise history of corporate mergers and the antitrust laws in the United States. *National Law School of India Review*, vol. 24:2, 2013, p. 11

Mas se a colusão já é considerada ilegal pela legislação antitruste, por que comprometer ainda mais recursos com a análise de atos de concentração? Por que não esperar pela colusão?¹⁴⁹

Tendo em vista a racionalidade dos agentes econômicos, a concentração econômica geraria incentivos econômicos tais que seria pura ficção esperar que o agente não (ab)usasse, posteriormente, de seu poder de mercado. Sendo risco não tolerado pelo regime jurídico, institui-se o controle de concentrações como forma preventiva de regulação do poder econômico.¹⁵⁰ Trata-se de ponto especialmente focado pela escola de Harvard com seu paradigma estrutura-conduta-desempenho.¹⁵¹

Como explica Hovenkamp em relação ao *Sherman Act* nos Estados Unidos:

O controle de concentração é a arma mais poderosa disponível no arsenal antitruste americano para combater a colusão tácita ou oligopólio de Cournot. Uma vez que não podemos ir diretamente atrás de oligopólios pelo §1 [do *Sherman Act*], nós fazemos a segunda melhor coisa. Nós tentamos prevenir (levando eficiências e outros fatores em consideração) a criação de estruturas de mercado que tendem a facilitar resultados similares a colusão ou oligopólios de Cournot.¹⁵²

Assim, uma política antitruste eficiente não pode fechar os olhos às concentrações econômicas ocorridas no mercado. Todavia, ainda que possam acarretar resultados semelhantes a um cartel, ao unificar o centro decisório de dois agentes antes independentes, as autoridades antitruste são mais lenientes com concentrações do que com carteis. “A justificativa apresentada para o tratamento diferenciado relativamente às concentrações econômicas é que só com relação a estas últimas pode-se presumir a existência de eficiências.”¹⁵³

¹⁴⁹ HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 501.

¹⁵⁰ “We have here the problem of bigness. [...] *The Curse of Bigness* shows how size can become a menace - both industrial and social. It can be an industrial menace because it creates gross inequalities against existing and putative competitors. It can be a social menace because of its control of prices.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Columbia Steel Co.* 1948. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/495/case.html>. Acesso em: 28 jan. 2016.

¹⁵¹ “No direito antitruste norte-americano, vive-se a época do domínio da escola de Harvard e do paradigma estrutura-conduta-desempenho, marcados por um certo ceticismo em relação a estruturas de mercado concentradas e cujo acento tônico vai recair, coerentemente, no controle estrutural preventivo.” SCHUARTZ, Luís Fernando. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf. Acesso em: 22 jan. 2016., p. 5 “In the 1960’s and earlier, industrial organization theory was governed by the ‘Structure-Conduct-Performance’ (S-C-P) paradigm, which suggested that as industries became more concentrated the firms within them would naturally find collusive or oligopolistic conduct more profitable. The result would be poor industry performance. The importance of the S-C-P paradigm was that market structure entailed poor performance, because the structure itself made oligopoly conduct inevitable; that is, given a highly concentrated structure, the profit-maximizing strategy for a firm was to behave oligopolistically.” HOVENKAMP, Herbert, *op. cit.*, 499.

¹⁵² Tradução livre de: “Merger policy is the most powerful weapon available in the American antitrust arsenal for combatting tacit collusion or Cournot style oligopoly. Since we cannot go after oligopoly directly under §1, we do the next best thing. We try to prevent (taking efficiencies and other factor into account) the creation of market structures that tend to facilitate Cournot or collusion-like outcomes.” HOVENKAMP, Herbert, *op. cit.*, 502.

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *op.cit.*, p. 266. Em sentido similar, cf. KAISER, Hanno., *op. cit.*, p. 7: “From a welfare economics standpoint, cartels are usually worse than monopolies, because one huge firm (monopoly) is more likely to realize efficiencies of scale than two large firms that merely agree not to compete (cartel). The potential for creating efficiencies is the key rationale for the ‘merger privilege’ that is, the reason for the more lenient treatment of mergers, even though the result of a horizontal merger is the elimination of a competitor.”

É o que a legislação brasileira estabelece¹⁵⁴ ao prever que atos de concentração econômica, ainda que eliminem parcela substancial do mercado relevante, poderão ser aprovados desde que: (a.i) aumentem a produtividade ou a competitividade; (a.ii) melhorem a qualidade de bens ou serviços; ou (a.iii) propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e (b) seja compartilhado com os consumidores parte relevante desses benefícios.

Essa noção foi uma das principais bandeiras das críticas ao paradigma estrutura-conduta-desempenho, formuladas pela Escola de Chicago, a qual entendia que certo nível de concentração econômica seria necessário para se alcançar economias de escala e escopo que aumentassem a eficiência do mercado. Sob tal modelo, mercados poderiam funcionar competitivamente mesmo a altos níveis de concentração.¹⁵⁵

Trata-se de perspectiva que já foi comentada anteriormente, quando se tratou da Escola de Chicago. Eficiência nunca foi um critério capaz de trazer clareza, coerência e previsibilidade à política antitruste, dadas as dificuldades de se mensurar, quantificar e comparar eficiências, especialmente a partir das limitações das análises econômicas.

Hoje, na era pós-Chicago, desconfia-se da capacidade que os mecanismos espontâneos de mercado têm para evitar condutas anticompetitivas ou mesmo para a geração de eficiências pró-competitivas:

Sob esse enfoque, não há mais espaço para posturas maniqueístas que ou ignoram ou supervalorizam o papel da estrutura nas análises concorrenciais, defendendo aprioristicamente a licitude ou a ilicitude dos atos de concentração.¹⁵⁶

Assim é que a análise de atos de concentração passa por um momento de redefinição, sobretudo na busca de superar as limitações das análises de eficiência. Em seu lugar, volta a ganhar relevância os aspectos estruturais do mercado.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Lei n. 12.529/2011, artigo 88, §6º: § 6º: “Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.”

¹⁵⁵ HOVENKAMP, Herbert. *op. cit.*, p. 499.

¹⁵⁶ FRAZÃO, Ana., *op. cit.*

¹⁵⁷ *Ibidem.*

2 A APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL NA NOVA ECONOMIA

2.1 Os desafios regulatórios da tecnologia

Com o crescente avanço tecnológico, não só novos produtos e serviços são lançados, mas novas formas de interação social estão surgindo. Na era digital, o progresso tecnológico está levando a fenômenos que, como a economia do compartilhamento (*sharing economy*)¹⁵⁸ ou as redes sociais demonstram, estão mudando a forma do indivíduo se expressar, consumir, ou mesmo se locomover.

Ao se considerar o forte avanço da computação, lastreada na previsão da “lei de Moore”¹⁵⁹ de que a cada dois anos o número de transistores em um chip dobraria¹⁶⁰ – i.e., a cada dois anos um computador, a um mesmo preço, dobraria de velocidade – as possibilidades de criação são infinitas.¹⁶¹ Recursos que até há pouco não passariam de mera ficção científica, como carros sem motoristas¹⁶² ou a integração homem-tecnologia¹⁶³, já não parecem mais tão fantasiosos assim.

¹⁵⁸ A *sharing economy* é um modelo de economia que usa a internet para aproximar indivíduos a realizarem trocas de bens subutilizados. Os exemplos são infundáveis: Uber e Lyft como aplicativo de caronas; Blablacar, de compartilhamento de carro; Elance-oDesk e TaskRabbit para a contratação de trabalho de *freelancers*; Blue Apron e Munchery em refeições; Airbnb na locação de imóveis. Cf. MILLER, Stephen. First Principles for regulating the sharing economy. *Harvard Journal on Legislation*, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2568016>. Acesso em: 29 jan. 2016. KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The sharing economy: issues facing platforms, participants, and regulations. Mercatus Center. *Public Interest Comment*, 2015. Disponível em: <http://mercatus.org/sites/default/files/Koopman-Sharing-Economy-FTC-filing.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016, p.3: “The rise of the sharing economy has been rapid and transformative. It has changed the way Americans commute, shop, vacation, and borrow. It has also disrupted long-established industries, from taxis to hotels, and has confounded policymakers unsure of how or even whether to regulate these new markets.”

¹⁵⁹ A lei de Moore é referência à previsão feita em 1965 de Gordon Moore, futuro fundador da Intel, quanto ao avanço tecnológico na área da computação. A partir da observação dos circuitos integrados desde sua invenção em 1958, Gordon identificou o padrão de que o número de circuitos integrados em um chip dobrava a cada dois anos e previu que esse padrão deveria permanecer por pelo menos mais dez anos. Como a história mostrou, a previsão de Gordon estava mais do que precisa, sendo precisa até os dias de hoje, cinquenta anos depois de sua formulação. MOORE, Gordon. Cramming more components onto integrated circuits. *Proceedings of the IEEE*, v. 86, 1998. Disponível em: <https://www.cs.utexas.edu/~fussell/courses/cs352h/papers/moore.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016, p. 83. Cf. DIAMANDIS, Peter; KOTLER, Steven. *Abundance: the future is better than you think*. Nova Iorque: Free Press, 2012 (edição Kindle), pos. 992.

¹⁶⁰ Os chips, ou circuitos integrados, podem ser considerados a espinha dorsal do avanço tecnológico. “The future of integrated electronics is the future of electronics itself. The advantages of integration will bring about a proliferation of electronics, pushing this science into many new areas.” MOORE, Gordon., *op. cit.*, p. 82.

¹⁶¹ “Today’s average low-end computer calculates at roughly 10 to the 11th (10^{11}) or a hundred billion calculations per second. Scientists approximate that the level of pattern recognition necessary to tell Grandfather from Grandmother or distinguish the sound of hoofbeats from the sound of falling rain requires the brain to calculate at speeds of roughly 10 to the 16th (10^{16}) cycles per second, or 10 million billion calculations per second. Using these figures as a baseline and projecting forward using Moore’s law, the average \$1,000 laptop should be computing at the rate of the human brain in fewer than fifteen years. Fast-forward another twenty-three years, and the average \$1,000 laptop is performing 100 million billion calculations (10^{26}) per second – which would be equivalent to all the brains of the entire human race.” DIAMANDIS, Peter; KOTLER, Steven., *op. cit.*, pos. 1036.

¹⁶² WAKEFIELD, Jane. London’s first driveless cars based on Heathrow pods. *BBC News*. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/technology-35432687>. Acesso em: 29. jan. 2016.

¹⁶³ Conforme os fundadores do Google, Larry Page e Sergey Brin previram o futuro da pesquisa virtual: “‘Seach will be included in people’s brains’, said Page of their ambition. ‘When you think about something and don’t really know much about it, you will automatically get information.’” ADAMS, Tim. Google and the future of search: Amit Singhal and the knowledge graph. *The Guardian*. Disponível em: <http://www.theguardian.com/technology/2013/jan/19/google-search-knowledge-graph-singhal-interview>. Acesso em: 20 jan. 2016. É o “poder da tecnologia transcendendo as limitações humanas”. DIAMANDIS, Peter; KOTLER, Steven., *op. cit.*, pos. 968.

Com efeito, previsibilidade parece algo distante quando se trata de mercados caracterizados pelo rápido desenvolvimento tecnológico.¹⁶⁴ A incerteza é algo inerente ao progresso tecnológico, e presente por todo o processo de inovação, se manifestando de diferentes formas: incertezas tecnológicas, incertezas sociais e políticas, incertezas temporais e incertezas consequenciais.¹⁶⁵ A revolução tecnológica é tão intensa e radical que empresas, hoje, não podem mais pensar em inovações fundadas na tecnologia atualmente disponível, caso contrário, quando seus produtos forem finalmente lançados no mercado já serão obsoletos. De forma a serem bem sucedidos, empreendimentos devem antecipar a tecnologia que estará disponível em 3 ou 5 anos, e basear seu design nisso.¹⁶⁶

Essa dinamicidade do mercado não escapa ao direito, que deve responder às mudanças sociais e tecnológicas.¹⁶⁷ A tecnologia faz surgir novos direitos – como o direito fundamental à internet¹⁶⁸, tendo em vista a importância desse meio de comunicação para a integração do indivíduo à sociedade e como forma de assegurar a liberdade de expressão – bem como dá nova roupagem a direitos tradicionais – como o direito ao esquecimento ou o direito à privacidade.

Mas é no campo da regulação econômica que o desafio imposto pela tecnologia é mais marcante. Inovação é um fenômeno incerto e disruptivo, sendo fonte de incertezas, perigos e oportunidades “que o direito, com sua obsessão por estabilidade e previsibilidade”¹⁶⁹ não se relaciona bem.¹⁷⁰

A todo o instante são criados novos produtos que desafiam o direito. Quais os riscos causados à saúde por organismos geneticamente modificados, ou por novos

¹⁶⁴ A despeito desta incerteza quanto ao futuro, chama a atenção as acuradas previsões feitas por alguns autores sobre o futuro da tecnologia. Gordon, por exemplo, já escrevia: “*Integrated circuits will lead to such wonders as home computers—or at least terminals connected to a central computer—automatic controls for automobiles, and personal portable communications equipment. The electronic wristwatch needs only a display to be feasible today. But the biggest potential lies in the production of large systems. In telephone communications, integrated circuits in digital filters will separate channels on multiplex equipment. Integrated circuits will also switch telephone circuits and perform data processing. Computers will be more powerful, and will be organized in completely different ways. For example, memories built of integrated electronics may be distributed throughout the machine instead of being concentrated in a central unit. In addition, the improved reliability made possible by integrated circuits will allow the construction of larger processing units. Machines similar to those in existence today will be built at lower costs and with faster turnaround.*” MOORE, Gordon., *op. cit.*, p. 82.

¹⁶⁵ RANCHORDAS, Sofia. Innovation Experimentalism in the age of the sharing economy. *Lewis & Clark Law Review*, v. 19, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2638406> Acesso em: 17 set. 2015, p. 14.

¹⁶⁶ DIAMANDIS, Peter; KOTLER, Steven., *op. cit.*, pos. 1011

¹⁶⁷ RANCHORDAS, Sofia., *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.*, Frank La Rue. Nova Iorque, 2011. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

¹⁶⁹ “*Innovation is a volatile and ‘moving’ target. In other words, innovations are incremental or disruptive future phenomena that are subject to constant change. This volatility is partially responsible for the second characteristic: the innovation process is highly uncertain. This means that innovation is a source of risks, dangers, and opportunities that law, with its ‘obsession’ with stability and predictability, might fear to embrace.*” RANCHORDAS, Sofia., *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁰ “*Under informational uncertainty, regulators face the challenge of having to predict how the future will be like and draft rules accordingly. At the resemblance of what the Kuhnian ‘normal science’ does, regulation can only pretend to know “what the world is like” unless it is willing to break with existing paradigms and embrace the uncertain. This uncertainty is aggravated in the sectors characterized by disruptive innovations, where existing paradigms are replaced by new ones, leaving regulators with few facts to base their regulations. Therefore, the regulatory challenge of innovation is that of regulating the lack of information and taking into account multiple prognostics regarding the potential risks and opportunities of the innovative products and processes.*” RANCHORDAS, Sofia., *op. cit.*, p. 17.

medicamentos? Como lidar com situações em que a falta de informações para fundamentar a tomada de uma decisão é manifesta? Como proceder? Deve-se banir, em nome de uma maior proteção do consumidor, um produto que pode ter o potencial de melhorar as condições de vida da sociedade? Permitti-los indistintamente e agir apenas por meio de ações de reparação de danos? Não é o objetivo do presente trabalho responder a essas questões, mas elas auxiliam a demonstrar os desafios colocados.

Mas os desafios regulatórios não surgem apenas de produtos novos. A tecnologia pode trazer nova roupagem a serviços tradicionais, para os quais a regulação tradicional parece pouco se adequar. O maior exemplo disso é o acirrado embate regulatório em torno dos serviços de transporte individual de passageiros, encabeçado pelo aplicativo Uber. Como o debate do Uber demonstra, existe quase que uma tendência natural do regulador em aplicar categorias jurídicas tradicionais a novos serviços tecnológicos sem se atentar às peculiaridades existentes.¹⁷¹

O “novo” coloca no centro do debate a própria premissa da regulação econômica: por que ela é necessária? por que mercados, por si mesmos, não são suficientes?¹⁷² Tratam-se de questões que impactam diretamente a legitimidade da atividade reguladora. Nesse cenário, utilizar respostas velhas para problemas novos pode não mais ser suficiente.

O debate regulatório em torno do transporte individual de passageiros é um ilustrativo exemplo dessa questão. A regulação estatal de tal serviço – sobretudo no que diz respeito à concessão de licenças a taxistas – pode ser atribuída à correção de falhas de mercado, especialmente a assimetrias de informação.¹⁷³ Por meio da regulação, o Estado transmite confiança aos consumidores sobre a qualidade dos prestadores de serviços, tendo em foco, sobretudo, sua segurança. A regulação, nesse sentido, asseguraria ao consumidor

¹⁷¹ “While innovation is an evolving and a trial and error process, regulation is traditionally characterized by the stability and continuity of the rules. Therefore, regulators often delay innovation by fitting innovative services in existing legal categories and failing to update the extant legal framework to the current state of technology.” RANCHORDAS, Sofia., *op. cit.*, pp. 1-2.

¹⁷² STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. Market Failure: principles of regulation. *Columbia University Academic Commons*, 2008. Disponível em: <http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac%3A126997>. Acesso em: 10 jan. 2015.

¹⁷³ THIERER, Adam, *et al.* How the internet, the sharing economy and reputational feedback mechanisms solve the “Lemons Problem”. *Mercatus Working Paper*, 2015.

que o carro que o atender não será um “limão”, para usar a terminologia de Akerlof.¹⁷⁴ Garante-se, assim, a segurança do passageiro.¹⁷⁵

Justamente aí surge o caráter transformador da tecnologia. Por meio de um simples toque em seu *smartphone*, o consumidor pode ter acesso às principais informações quanto ao prestador de serviço, podendo optar por aceitar o serviço, ou não.¹⁷⁶ Em outras palavras, a tecnologia corrige o problema dos limões, tornando desnecessária boa parte da regulação do setor.¹⁷⁷

A dinamicidade da tecnologia não consegue, em grande medida, ser acompanhada pela burocracia regulatória. A necessidade de constante revisão dos marcos regulatórios a partir do avanço tecnológico não se coaduna com as instituições estáticas do direito.¹⁷⁸

Essa lacuna entre o direito e as condições reais do mercado pode ser extremamente danosa. Ao invés de promover o bem-estar do consumidor, corrigindo falhas de mercado, a regulação pode, ela própria, gerar distorções e ineficiência no processo produtivo: trata-se, aqui, das chamadas falhas de governo.

A aplicação distorcida da regulação econômica pode fazer com que consumidores deixem de ter acesso a novos produtos ou serviços, paguem mais por um mesmo bem, ou simplesmente tenham opção apenas por produtos de baixa qualidade. São os riscos de se aplicar regulações promulgadas sob outro contexto à nova realidade social¹⁷⁹, ação

¹⁷⁴ Resumindo o trabalho do autor, Akerlof busca demonstrar como a assimetria de informações pode levar a resultados não-ótimos no mercado. Para tanto, se vale do exemplo do mercado de carros usados. Neste existem carros bons e ruins (os chamados “limões”) sendo vendidos. Como ambos devem ser vendidos a preços semelhantes, dado que o consumidor não consegue diferenciá-los de antemão e que carros novos possuem mais valor que carros usados, os detentores de carros bons evitarão vender seus produtos (que seriam mal avaliados). Consequentemente, o mercado de carros usados seriam inundados por limões, diminuindo ainda mais o valor do mercado e a demanda por eles. Nesse ponto o autor destaca a importância de elementos que transmitam confiança ao consumidor quanto ao produto, seja uma marca, seja a regulação estatal. AKERLOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 1970, pp. 488-500.

¹⁷⁵ Por não ser o objeto do presente trabalho, as questões regulatórias em torno dos serviços de transporte individual de passageiros estão sendo expostas de maneira simplificada. Para uma análise mais detida sobre as falhas de mercados alvo da regulação desses serviços, vide BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Documentos de Trabalho*, 01/2015, 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

¹⁷⁶ “Os desenvolvimentos tecnológicos dos aplicativos para smartphones, que incluem a possibilidade de visualizar o perfil dos motoristas e declinar da corrida, avaliar os serviços prestados, monitorar os deslocamentos do veículo por meio de tecnologia GPS, ter a precificação da corrida ex ante, além de efetuar o pagamento por meio eletrônico cadastrado na própria plataforma têm de fato endereçado várias das preocupações que motivaram historicamente a regulação de táxis.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Documentos de Trabalho*, 01/2015, 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016, p. 23.

¹⁷⁷ Cf. THIERER, Adam, *et al.*, *op. cit.*

¹⁷⁸ “With the advent of the information society, innovation is moving faster than ever, becoming increasingly incompatible with the current slow bureaucratic systems. These rules and procedures are unable to keep up with the “explosion of innovative solutions” that has been made possible by the Internet. Entrepreneurs become thus burdened with an excessive number of compliance requirements or are received with ostensive regulatory prohibitions. This last case often happens when new technology defies the status quo of regulation.” RANCHORDAS, Sofia., *op. cit.*, p. 28-29

¹⁷⁹ “Fueling this debate, many municipal governments are attempting to impose older regulatory regimes on these new services without much thought about whether they are still necessary to protect consumer welfare. However, by expanding the range of options and information available to consumers, the sharing economy removes the need for regulation in many cases. In fact, continued application of outmoded regulatory regimes may actually harm consumers.” KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam., *op. cit.*, p. 4.

incentivada pelas empresas incumbentes no mercado.¹⁸⁰ Impossível não falar aqui dos riscos de captura regulatória¹⁸¹, por meio da qual a regulação deixa de ter qualquer propósito legítimo de tutela do interesse público e passa a ser mero instrumento de proteção da indústria.¹⁸²

A lógica da desregulamentação e busca por políticas liberalizantes decorre fundamentalmente de uma ótica econômica de equilíbrio parcial, nos moldes da análise microeconômica clássica de bem-estar, onde o excedente do consumidor é claramente reduzido por conta do peso morto das restrições impostas pela regulação. Os consumidores toleram a regulação por considerarem que o mercado apresenta falhas, principalmente decorrentes de assimetria de informação. Contudo, quando tais falhas são solucionadas, a regulação perde sentido e o movimento refratário dos reguladores seria basicamente motivado pela captura regulatória.¹⁸³

Com efeito, questões tradicionalmente reguladas em mercados, como entrada, preço ou qualidade, podem deixar de constituir, por meio do avanço tecnológico, elementos que demandam intervenção estatal. Todavia, é importante alertar, a tecnologia traz diversos outros desafios para o debate regulatório. Temas como zoneamento urbano (como no caso de locação de imóveis), vínculo empregatício ou responsabilidade da empresa (como no caso de prestadores de serviço de transporte de passageiros) ou (praticamente comum a todos os mercados digitais) questões de privacidade devem vir a constituir as novas pautas regulatórias da nova economia.

Nas páginas seguintes, será analisado como a prática do direito antitruste é afetada em mercados caracterizados pela dinamicidade tecnológica. Mas, primeiro, para se melhor contextualizar o tema, abordar-se-á a dinâmica estrutural e concorrencial de tais mercados.

¹⁸⁰ “Today I am going to argue that, in the context of potentially disruptive forms of competition through new technologies or new business models, we should generally be skeptical of regulatory efforts that have the effect of favoring incumbent industry participants.” WRIGHT, Joshua. Regulation in High-Tech Markets: Public Choice, Regulatory Capture, and the FTC. *Big Ideas about information Lecture*, 2015, p.7

¹⁸¹ “[...]regulatory capture is the process through which special interests affect state intervention in any of its forms, which can include areas as diverse as the setting of taxes, the choice of foreign or monetary policy, or the legislation affecting R&D.” BÓ, Ernesto Dal. Regulatory capture: a review. *Oxford Review of economic policy*, v. 22, n. 2, pp. 203-225, 2006, p. 203.

¹⁸² Para estimativas dos efeitos de captura regulatória, vide BÓ, Ernesto Dal., *op. cit.*, p. 221.

¹⁸³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Documentos de Trabalho*, 01/2015, 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016, p. 45.

2.2 A competição na nova economia

2.2.1 Características comparadas

Muito se discute quanto à adequação dos institutos do direito antitruste para lidar com as condições estruturais e a dinâmica da nova economia.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵ Para melhor enfrentar essas alegações, é essencial se conhecer as peculiaridades desse mercado. Para tanto, far-se-á uma comparação entre as empresas de tecnologia da nova economia e as tradicionais fábricas da economia clássica – as chamadas “*smokestack industries*”.¹⁸⁶

Ainda que seja difícil agrupar a multiplicidade de mercados da economia tradicional em um único modelo, pode-se – reconhecendo-se o risco de ser extremamente reducionista – apresentar algumas características gerais desses mercados. São eles mercados por produção multiplanta e multiempresa, denotando um mercado caracterizado por economias de escala limitadas. São mercados relativamente estáveis, em que entradas e saídas não são tão frequentes, e que não há alterações substanciais ou repentinas quanto ao porte dos agentes econômicos – exceto por meio de fusões. Por fim, são mercados que exigem pesados investimentos – por exemplo, criação de plantas, constituição de redes capilarizadas de distribuição – e caracterizados por taxas moderadas de inovação – i.e., não são mercados por um ciclo tecnológico curto e disruptivo; o progresso tecnológico é assimilado lenta e paulatinamente.¹⁸⁷

A nova economia, por sua vez, apresenta dinâmicas completamente distintas.¹⁸⁸ Envolve mercados, especialmente os relacionados a serviços de internet, mercados por profundas economias de escala. Considerando a natureza imaterial dos bens ou serviços

¹⁸⁴ Aqui se utiliza a conceituação de Posner para a nova economia: “*I shall use the term the “new economy” to denote three distinct though related industries. The first is the manufacture of computer software. The second consists of the Internet-based businesses (Internet access providers, Internet service providers, Internet content providers), such as AOL and Amazon. And the third consists of communications services and equipment designed to support the first two markets.*” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 2. Destaca-se, apenas, o forte crescimento em importância da segunda indústria, especialmente de provedores de serviços baseados na internet desde que o autor escreveu o artigo. “*The term ‘new economy’ can describe a diverse array of markets in which new information, communication, and other technologies have produced significant changes in recent decades.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Antitrust Modernization Commission. *Report and Recommendations*, 2007, p. 31.

¹⁸⁵ “*Concern has been expressed recently that U.S. antitrust law may not be well suited to regulating the ‘new economy’.*” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p.1. “*The static model of competition dominates modern antitrust analysis. The model has served antitrust law well, but it has some familiar drawbacks. In particular, it ignores the impact that competitive activities undertaken today will have upon future market conditions.*” GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2084355>. Acesso em: 26 jan. 2016, p.1.

¹⁸⁶ SCOTT-MORTON, Fiona. Antitrust Enforcement in High-Technology Industries: Protecting Innovation and Competition. Remarks as prepared for the 2012 NYSBA Annual Antitrust Forum. *Antitrust in High-Tech Markets: Intervention or Restraint*, 2012, p.2.

¹⁸⁷ POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 2.

¹⁸⁸ “*Before I dive into a discussion of how the Division approaches enforcement in ‘high-tech’ industries, I think it would be useful to outline some of the common features shared by high technology companies and industries. First, rapid innovation, both in terms of creating new products and platforms, and in significantly reducing production costs, tends to be a necessary condition to staying competitive. As a result of the pace of innovation, high-tech industries often experience greater dynamic effects than other industries. Second, these firms often have high fixed-costs and low marginal costs, or large supply-side economies of scale, which can affect pricing strategy and analysis.*” SCOTT-MORTON, Fiona., *op. cit.*, p.4.

envolvidos (e.g., softwares, aplicativos), estes apresentam custos de reprodução extremamente reduzidos, tendentes a zero. Nesse sentido, são mercados caracterizados pela necessidade de investimentos iniciais consideráveis (ainda que não tão relevantes quando comparados com indústrias tradicionais, ou quando comparados com a disponibilidade de crédito), mas com custos médios decrescentes. Afinal, o principal produto desse mercado é a propriedade intelectual, e não bens físicos (ainda que estes também possam ser ofertados).¹⁸⁹ A isso se relaciona a característica mais significativa do setor: altas taxas de inovação.

Com uma contínua “criatividade destrutiva”¹⁹⁰, o mercado é caracterizado por uma constante mutação. Não só empresas podem perder sua relevância de forma acelerada em determinado produto, como os próprios produtos podem apresentar vida contada. A disputa pelo próximo produto parece ser uma constante.

Exemplos não faltam para ilustrar o que foi dito: empresas dominantes no mercado de telefonia, como Nokia e Motorola, viram sua participação diminuir drasticamente em menos de dez anos com o lançamento de *smartphones*; redes sociais dominantes, como *My Space* e *Orkut* em poucos anos deixaram de ter relevância frente ao *Facebook*.¹⁹¹ Assim, como os exemplos demonstram, entradas e saídas frequentes e rápidas são muito mais comuns nesses mercados do que em mercados tradicionais.

2.2.2 Os fundamentos da nova economia

2.2.2.1 Inovação: a mola propulsora da nova economia

Inovação é, possivelmente, um dos fatores mais essenciais ao desenvolvimento econômico da sociedade.¹⁹² Os benefícios da inovação podem ser vistos por duas óticas. Primeiro, ela torna os meios produtivos mais eficientes, permitindo o aumento da oferta de bens e serviços e a redução de seus custos. Consequentemente, mais consumidores poderão ter acesso a determinados produtos, aumentando-se o bem-estar total da sociedade.

¹⁸⁹ “The principal output of these industries (with the partial exception of communications equipment) is intellectual property, namely computer code, rather than physical goods.” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 2.

¹⁹⁰ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. Nova Iorque: Start Publishing, 2012 (edição Kindle).

¹⁹¹ “[T]hese businesses also are built on technologies that have evolved rapidly, generating new markets or replacing older technologies once considered durably dominant.” CASS, Ronald. Antitrust for high-tech and low: Regulation, innovation, and risk. *Journal of Law, Economics and Policy*, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2138254>. Acesso em: 15 jan. 2015, p. 31.

¹⁹² Não sem razão, a inovação é vista como um importante meio para se superar o subdesenvolvimento. Cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Innovation for development*. Paris, 2012, p. 4: “Moreover, one of the important lessons of the past two decades has been the pivotal role of innovation in economic development. The build-up of innovation capacities has played a central role in the growth dynamics of successful developing countries. These countries have recognised that innovation is not just about high-technology products and that innovation capacity has to be built early in the development process in order to possess the learning capacities that will allow ‘catch up’ to happen.”

Segundo, inovação oferece novos produtos e serviços de crescente utilidade ao consumidor. Inovação se mostra aí como um importante elemento para o bem-estar da sociedade.¹⁹³ Nesse sentido, inovação pode ser conceituada como a concretização de novas ideias e sua tradução em resultados que aumentam o bem-estar social ou comercial, por meio de novos processos, produtos ou serviços.¹⁹⁴

Inovação, ainda que tenha um destaque diferenciado na economia do século XXI, é um fenômeno que transcende a nova economia; representando, na realidade, um dos pilares do sistema capitalista. Como apresenta Schumpeter:

Capitalismo [...] é por natureza uma forma ou método econômico que não é, e nunca poderá ser, estacionário. O impulso fundamental que configura e mantém o capitalismo em movimento vem dos bens, os novos métodos de produção e de transporte, os novos mercados, as novas formas de organização industrial que o empreendimento capitalista cria.¹⁹⁵

O argumento de Schumpeter era voltado contra a teoria econômica centrada particularmente em equilíbrios, curvas de demanda e precificação. Segundo o autor, mais importante do que esses elementos é a inovação como forma de progresso da sociedade. Foi uma crítica importante. Ainda que muito dos pressupostos do autor sejam muito criticados – especialmente sua defesa de monopólios como meio para se alcançar a inovação –, hoje já existiria um consenso de que inovação contribui mais para o desenvolvimento econômico do que relações competitivas em uma economia em que a tecnologia não varia.¹⁹⁶

Schumpeter falava, assim, em um processo de destruição criativa, em que novas tecnologias, continua e abruptamente, desalojariam tecnologias anteriores, produzindo maior crescimento econômico do que as forças de mercado.¹⁹⁷

¹⁹³ “Since the seminal contributions of Schumpeter (1943), Solow (1956) and Abramovitz (1956), it is widely understood that the only means of achieving sustained productivity growth in an economy is through innovation. Innovation provides products and services of ever-increasing consumer value, as well as ways of producing products more efficiently, both of which contribute directly to productivity.” PORTER, Michael., *op. cit.*, pp.3-4.

¹⁹⁴ Tradução livre de: “[...] innovation is defined as the concretization of new ideas and their translation into welfare-enhancing commercial or social outcomes by using new processes, products or services.” RANCHORDAS, Sofia., *op. cit.*, p. 6.

¹⁹⁵ “Capitalism [...] is by nature a form or method of economic chance and not only never is but never can be stationary. [...] The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers’ goods, the new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprise creates.” SCHUMPETER, Joseph., *op. cit.*, pos. 1816-1821.

¹⁹⁶ HOVENKAMP, Herbert. Competition for innovation. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 13-25, 2013, p. 5

¹⁹⁷ “At the same time, Schumpeter saw innovation as something extremely unpredictable and lumpy. The growth it produced was neither gradual nor continuous. Sporadically and unpredictably a work of genius would come along, which would yield a tremendous spurt in productivity, a period of copying, and then the industry would settle into a new temporary equilibrium until another spurt occurred.” HOVENKAMP, Herbert. Competition for innovation. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 13-25, 2013, p. 4. Stiglitz, por outro lado, apresenta que o avanço tecnológico não se dá tanto por grandes rupturas, mas por lentos e contínuos aprimoramentos: “Consistent with this, subsequent work [...] identified the greater part of such progress as arising from the continuous accumulation of small improvements in production processes rather than from dramatic technological breakthroughs, though some, perhaps many, of these small improvements may be based on or related to transformative changes.” STIGLITZ, Joseph; GREENWALD, Bruce. *Creating a learning society. A new approach to growth, development, and social progress*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2014 (edição Kindle), pos 500.

Na nova economia, inovar é a forma de se manter no mercado.¹⁹⁸ Manter-se estático é um convite à obsolescência, e, conseqüentemente, ao desuso. “O conhecimento torna-se indispensável não apenas ao acesso, mas à permanência no mercado.”¹⁹⁹ Empresas precisam inovar para manter a atratividade de seus produtos e, conseqüentemente, manter seus clientes satisfeitos. Caso contrário, a competição pode estar a apenas um clique de distância.²⁰⁰ Afinal, hoje o processo de destruição criativa de que tratava Schumpeter se mostra muito mais evidente, tendo em vista a menor escala temporal para a superação de um paradigma tecnológico.

2.2.2.2 Integração vertical e a concorrência entre plataformas

A integração vertical aparenta ser uma característica comum aos agentes atuantes na nova economia, conforme diversos exemplos demonstram.²⁰¹ O Google, inicialmente, apenas um buscador na internet, hoje atua como navegador de internet (Chrome), provedor de e-mail (Gmail), rede social (Google+), sistema operacional (Android), smartphones (Nexus), mapas digitais (Google Maps), comparador de preços (Google Shopping e Google Flights), GPS (Waze), transmissor de mídia (Chromecast), entre uma infinidade de outros produtos. A Apple ilustra a integração vertical entre hardware (computadores, tablets e smartphones) com softwares (sistema operacional IOS, navegador Safari), passando a atuar também como transmissor de mídia (Apple TV). A Amazon, inicialmente uma loja digital, hoje possui uma infinidade de hardwares (Kindle, Fire Phones, Fire Tablets, Fire TV). O Facebook cada vez se integra mais a outras formas de redes sociais, como o WhatsApp e o Instagram. Mais recentemente, a gigante de telecomunicações Verizon adquiriu o provedor de conteúdo online American Online.

¹⁹⁸ “Innovation is the key element of competitiveness and economic growth at both micro and macro levels: Firms that do not innovate are driven out of the market, and the same is valid for nations that remain poor because their economies fail to innovate and grow.” RANCHORDAS, Sofia., *op. cit.*, p. 8. “[...] creating a learning society is more likely to increase standards of living than is making small, one time improvements in economic efficiency or sacrificing consumption today to deepen capital. And this is even more so for developing countries. Much of the difference in per capita income between these countries and the more advanced is attributable to differences in knowledge. Policies that transformed their economies and societies into learning societies would enable them to close the gap in knowledge, with marked increases in incomes. Development entails how to learn.” STIGLITZ, Joseph; GREENWALD, Bruce., *op. cit.*, pos. 469

¹⁹⁹ FORGIONI, Paula. *op. cit.*, p. 341.

²⁰⁰ “Examining the factors associated with market leadership among Internet rivals is particularly interesting, given that firms use identical technology based on open standards to interface with the customer, and given that one’s competition is typically just ‘a click away’.” GALLAUGHER, John. Portal Combat: an empirical study of competition in the web portal industry. *Journal of information technology management*, v. 11, n.1-2, 2000, pp. 13-24. Disponível em: <https://www2.bc.edu/~gallaugh/portalsjitm00.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016, p.1.

²⁰¹ “In recent years many high-technology markets have witnessed sharp swings in the level of vertical integration. In particular, mobile wireless networks are undergoing dramatic structural transformation. This is seen in the development of Handset Application Platforms - “wireless ecosystems” – accommodating a constellation of complementary devices, software and content supplied outside the network carrier space.” HAZLETT, Thomas; TEECE, David; WAVERMAN, Leonard. Walled Garden Rivalry: The creation of mobile network ecosystems. *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, n. 11-50, 2011, p.2

Integração vertical não é algo estranho à economia tradicional.²⁰² Coase já havia escrito que uma companhia tenderia a se expandir (verticalmente) até que os custos de internalizar a atividade igualem o custo de contratar essa mesma atividade no mercado.²⁰³

Mas essa explicação não parece justificar a onda de integração vertical da nova economia, ao menos não integralmente. O que estaria movendo as companhias à se verticalizarem? O que elas procuram?²⁰⁴

Dois características da nova economia podem auxiliar a compreender esse fenômeno: efeitos de rede e a competição entre plataformas.²⁰⁵ Efeito de rede é o nome dado ao fenômeno pelo qual o valor de uma rede (uma plataforma) aumenta com a sua utilização por mais pessoas.²⁰⁶ O exemplo clássico é o telefone: quanto mais pessoas tiverem telefones, mais pessoas cada detentor de um aparelho poderá ligar. Na nova economia, o exemplo clássico é o das redes sociais.²⁰⁷

Mas na nova economia ter uma base grande de usuários tem outras vantagens para a própria plataforma – que, em um segundo momento, pode ser passado na forma de produtos melhores aos usuários.²⁰⁸ O ganho de escala pelo lado da demanda permite que plataformas consigam aprender melhor o comportamento de seus usuários e oferecer serviços e produtos mais atraentes.

Por essa razão, as empresas na nova economia buscam criar plataformas cada vez mais atraentes a seus usuários, oferecendo cada vez mais serviços variados. Quanto mais tempo um usuário se mantém dentro de uma mesma plataforma, mais dados essa plataforma

²⁰² “And while vertical integration is a common feature of the old economy, it tends to be even more common in the new one”. POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 2

²⁰³ “[A] firm will tend to expand until the costs of organizing an extra transaction within the firm become equal to the costs of carrying out the same transaction by means of an exchange on the open market or the costs of organizing in another firm.” COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economic*, v. 4, n. 16, 1937, pp. 386-405. Disponível em: <http://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2016, p. 395

²⁰⁴ Para a resposta ao exemplo da aquisição da AOL pela Verizon, vide FITCHARD, Kevin. The real reason Verizon bought AOL. *Fortune*. Disponível em: <http://fortune.com/2015/06/24/verizon-gains-aol/>. Acesso em 07 fev. 2016.

²⁰⁵ “This era of platform competition—where the owner or sponsor of the platform owns or creates only one piece of the ecosystem, and many complementary products are required for the platform to be popular with consumers—can be beneficial, by increasing the value of the network to users, but it can also create barriers to entry. Platforms become successful due to scale-generating network effects; the more users of a platform there are, the more complementary products are created, which in turn attracts more users.” SCOTT-MORTON, Fiona., *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁶ “The circumstance in which the net value of an action (consuming a good, subscribing to telephone service) is affected by the number of agents taking equivalent actions will be called a network effect.” LIEBOWITZ, Stan.; MARGOLIS, Stephen. Network externality: an uncommon tragedy. *Journal of economic perspectives*, v. 8, n. 2, 1994, pp. 133-150. , p. 135. “Economies of scale in consumption refer to the situation in which the larger the firm’s output is (up to some point), the more valuable that output is to its customers.” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 3

²⁰⁷ “But networks externalities are not confined to communications networks. They are also powerful in ‘virtual’ networks, such as the network of users of Macintosh computers: each Mac user benefits from a larger network, since this facilitates the exchange of files and tips and encourages software houses to devote more resources to developing software for the Mac.” SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal. *Information rules*. A strategic guide to the network economy. Nova Iorque: Harvard Business School Press, 1998 (edição Kindle), pos. 332.

²⁰⁸ “Literal networking or sharing to one side, computer programs tend to be more valuable the more people use them because training, support by IT personnel, and standardization of equipment and procedures are facilitated.” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 4. “As a result, growth is a strategic imperative, not just to achieve the usual production side economies of scale but to achieve the demand side economies of scale generated by network effects. [...] The key challenge is to obtain critical mass – after that, the going gets easier. Once you have a large enough customer base, the market will build itself.” SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 332.

poderá obter e, ao mesmo tempo, mais tempo terá para oferecer seus produtos (especialmente propaganda).²⁰⁹⁻²¹⁰

A migração da experiência digital de computadores para *smartphones* é um bom pano de fundo para se contextualizar parte considerável das verticalizações na nova economia. Sendo o celular o meio pelo qual parte crescente das pessoas navega na internet, os agentes econômicos precisaram entrar nesse nicho para buscar manter os usuários. Nesse sentido, diversas estratégias foram usadas, desde lançamento de aplicativos específicos, à criação de sistemas operacionais.

Essa dinâmica pode levar a efeitos de *path dependence*, em que a plataforma que começou atraindo usuários evoluirá rapidamente e passará a atrair ainda mais usuários. Plataformas concorrentes, sem esse acesso a usuários não conseguirão evoluir produtos similares de maneira tão célere, o que pode levar a produtos não muito atraentes aos consumidores.²¹¹

Por essa razão, é comum se falar que a competição, nesses casos, se dá *pele* mercado, e não *no* mercado. Empresas concorrem para se tornarem a plataforma dominante e sobreviver. Aos perdedores resta apenas buscar inovar e lançar um novo produto que rompa com o negócio anterior.²¹²

²⁰⁹ “The competitive process for product distribution, or access to promotion and distribution, is especially vigorous in hightech and web based markets where vying for consumer attention is an important element of the competitive process.” MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua. Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google. *Harvard Journal of Law*, v. 34, 2011. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=1577556. Acesso em: 04 mar. 2015, p.61.

²¹⁰ Mark Zuckerberg, CEO do Facebook, por exemplo, assim se manifestou sob a integração do Whatsapp ao Facebook: “The right strategy is to focus on connecting the people before aggressively turning them into businesses[...]. Once we get to that scale, then we think they will start to become meaningful businesses in their own right.” FRIER, Sarah. Facebook \$22 billion WhatsApp Deal Buys \$10 million in sales. *Bloomberg*. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-10-28/facebook-s-22-billion-whatsapp-deal-buys-10-million-in-sales>. Acesso em: 6 fev. 2016.

²¹¹ “In addition, the network effects present in many high-tech markets (especially software markets) can lead to significant first mover advantages, lock-in or transition costs and de facto standards. As a result, high-tech markets are often highly “path dependent”—market winners can be determined by the order in which companies act—and, as mentioned above, are prone to “tipping”. The classic example of path dependency is the QWERTY keyboard, whose layout was developed originally in order to slow down the keys on a typewriter; despite the current obsolescence of typewriters, they cannot be replaced due to the large transition cost of retraining users how to type on a new keyboard. A recent example is the optical disc format battle that took place between Blu-Ray and HD DVD”. SCOTT-MORTON, Fiona., *op. cit.*, p. 7. “The feasibility of challenging an existing network monopolist is critical, however. Even if the only way to become a network monopolist in the new economy is to be the first to come up with a new technology that benefits consumers, the existence of the monopoly may discourage subsequent technological innovation by other firms. If network externalities are large, they may give the monopolist a cost advantage that exceeds the benefit of a superior new technology. This is the issue of “path dependence”: an industry may be stuck with an inferior technology because of the cost advantage of the existing network.” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 5.

²¹² “In rapidly-changing high-technology industries, the problems can be especially acute and can threaten innovation as well as competition. High-technology industries are often characterized by large up-front investments in research and development, intense competition for breakthrough innovations, and large economies of scale as well as potential ‘network effects’ that produce big gains over some time period for the most successful innovators. These are the characteristics of ‘winner-take-all’ or ‘winner-take-most’ markets.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 9.

Mas é importante notar que essa característica de que o “vencedor leva tudo” não é, de forma alguma, sinal de falta de concorrência no mercado – ao menos não necessariamente.²¹³

A possibilidade de usufruir de um monopólio – ainda que temporário – atrairá competidores a desenvolver novos produtos e serviços, em uma competição acirrada pelo lançamento da nova plataforma dominante. Se a obtenção de dominância implicará o entrenchamento da plataforma no mercado, abusando de seu monopólio, dependerá de vários fatores, como possibilidade e facilidade de troca de plataformas pelos usuários ou a ameaça de novas inovações que tornem a atual obsoleta.²¹⁴ Seja como for, não se pode presumir que a dominância é prejudicial ao consumidor. Ela pode ser apenas uma forma de premiar o melhor agente do mercado. O que se deve atentar é contra a prática de atos que busquem impedir ilicitamente o desalojamento dessa plataforma – o que se verá mais adiante.

2.2.2.3 Caminhos para a inovação: propriedade intelectual e concorrência

Buscar a inovação tecnológica é uma tarefa difícil da perspectiva de políticas públicas. Não há uma noção clara de todos os elementos que influenciam a capacidade de uma sociedade inovar. Ciente dessa limitação, tratar-se-á, aqui, de apenas duas variáveis sob as quais a economia e o direito se debruçaram em maiores detalhes: propriedade intelectual e concorrência.

Como visto, o principal produto da nova economia é a propriedade intelectual – particularmente, na era digital, códigos de computador.²¹⁵ Algumas peculiaridades importantes decorrem disso.

A criação de um novo produto (i.e., código), envolve a necessidade inicial de despendimento de substanciais recursos para o custeio da pesquisa e desenvolvimento de um projeto. Custos estes, importante notar, irre recuperáveis.²¹⁶ Todavia, uma vez criado o produto,

²¹³ “A concorrência em mercados digitais tem características próprias, incluindo tendências como “winner takes all”, os efeitos de rede, mercados de dois lados (two-sided markets), ritmo acelerado de inovações e altas somas de investimento. A natureza cíclica da concorrência significa que plataformas digitais bem-sucedidas tendem a adquirir poder de mercado significativo, porém transitório. A economia digital também se caracteriza e tem como essencial a concorrência dinâmica, baseada em ciclos contínuos de inovação, desenvolvimento e rupturas.” BAGNOLI, Vicente. *Concorrência na era do Big Data favorece o consumidor*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/vicente-bagnoli-concorrencia-big-data-favorece-consumidor>. Acesso em: 20 dez. 2015.

²¹⁴ “Such lock-in is not absolute – new technologies do displace old ones – but switching costs can dramatically alter firms’ strategies and options. In fact, the magnitude of switching costs is itself a strategic choice made by the producer of the system.” SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 294.

²¹⁵ POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p.2

²¹⁶ “Custos irre recuperáveis (*sunk costs*) são custos que não podem ser recuperados quando a empresa decidir sair do mercado.” BRASIL. PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1 DE AGOSTO DE 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 ago. 2001, p. 14.

o custo de reprodução é praticamente nulo, podendo-se falar, em caso de softwares, de custo marginal zero.²¹⁷

Justamente dessa estrutura de custos que surge a necessidade de proteção legal da propriedade intelectual, cuja lógica pode ser resumida da seguinte forma. A facilidade de copiar um produto final estimularia o efeito carona, i.e., a reprodução do produto por pessoas que não incorreram em qualquer custo para desenvolvê-lo.²¹⁸ Essa consequência, por sua vez, geraria um problema de ação coletiva: a falta de incentivos para se investir na criação de um novo produto.²¹⁹ Assim, sem a capacidade de excluir a reprodução de terceiros, os criadores não teriam condições de cobrar por seus inventos e não haveria incentivos para a criação.²²⁰ Disso surgiria a necessidade do direito criar um monopólio sobre o invento, chamado de propriedade intelectual.²²¹⁻²²²

Assim, a defesa da propriedade intelectual cria um – falso – paradoxo com o direito concorrencial: ao criar o direito à exclusividade, a propriedade intelectual elimina a concorrência, ainda que em nome do bem-estar social. Mas, a bem da verdade, a relação entre os dois sistemas não é necessariamente de conflito.²²³ Ambos perseguem um mesmo objetivo, ainda que por meio de métodos diferentes. O choque entre as duas políticas surge quando se verifica o abuso de direito por parte de uma delas.

²¹⁷ POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 3. “Information is costly to produce but cheap to reproduce. Books that cost hundreds of thousands of dollars to produce can be printed and bound for a dollar or two, and 100-million dollar movies can be copied on videotape for a few cents. Economists say that production of an information good involves high fixed costs but low marginal costs. The cost of producing the first copy of an information good may be substantial, but the cost of producing (or reproducing) additional copies is negligible.” SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 143.

²¹⁸ “Intellectual property is characterized by heavy fixed costs relative to marginal costs. It is often very expensive to create, but once it is created the cost of making additional copies is low, dramatically so in the case of software, where it is only a slight overstatement to speak of marginal cost as zero. Without legal protection, the creator of intellectual property may be unable to recoup his investment, because competitors can free ride on it; and so legal protection can expand output rather than, as in the usual case of monopoly, reduce it.” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p.3.

²¹⁹ Para uma visão crítica dessa conexão, vide BOYLE, James. The second enclosure movement and the construction of the public domain. *Law and Contemporary Problems*, v. 66, pp. 33-74, 2003, pp. 42-43: “Like any attractive but misleading argument, this one has a lot of truth. The Internet does lower the cost of copying and, thus, the cost of illicit copying. Of course, it also lowers the costs of production, distribution, and advertising, and dramatically increases the size of the potential market. Is the net result, then, a loss to rights-holders such that we need to increase protection to maintain a constant level of incentives? A large, leaky market may actually provide more revenue than a small one over which one’s control is much stronger. What’s more, the same technologies that allow for cheap copying also allow for swift and encyclopedic search engines—the best devices ever invented for detecting illicit copying. It would be impossible to say, on the basis of the evidence we have, that owners of protected content are better or worse off as a result of the Internet. Thus, the idea that we must inevitably strengthen rights as copying costs decline doesn’t hold water. And given the known static and dynamic costs of monopolies, and the constitutional injunction to encourage the progress of science and the useful arts, the burden of proof should be on those requesting new rights to prove their necessity.”

²²⁰ “The difficulty comes because of the idea that information goods are not only non-rival (uses do not interfere with each other), they are also assumed to be non-excludable (it is impossible, or at least hard, to stop one unit of the good from satisfying an infinite number of users at zero marginal cost). Pirates will copy the song, the mousetrap, the drug formula. The rest of the argument is well known. Lacking an ability to exclude, creators will be unable to charge for their creations; there will be inadequate incentives to create. Thus, the law must step in and create a limited monopoly called an intellectual property right.” BOYLE, James., *op. cit.*, p. 42.

²²¹ “De início, note-se que a expressão ‘propriedade intelectual’ já denota tomada de posição ideológica, atribuindo às descobertas, criações e inovações a forte proteção ligada à visão clássica dos direitos absolutos: poderes de usar, fruir e dispor, oponíveis *erga omnes*. Segundo Ascensão, essa qualificação continua a existir ‘com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto vulnerável da propriedade.’ FORGIONI, Paula. *op. cit.*, p. 337.

²²² “If the creators of an information good can reproduce it cheaply, others can copy it cheaply. It has been recognized that some form of ‘privatization’ of information helps to ensure its production.” SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 156.

²²³ Para uma análise detalhada da relação entre direito antitruste e propriedade intelectual, cf. HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy. A brief historical overview. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 05-31, 2005.

Esse abuso pode-se dar de duas formas. O direito antitruste pode ser mal utilizado, reprimindo condutas que não prejudicam a concorrência, mas cuja mal aplicação poderia afetar negativamente os direitos de invento.²²⁴ Da mesma forma, direitos de propriedade intelectual podem ser abusados, prejudicando a concorrência.²²⁵ Ainda que o direito antitruste tenha evoluído substancialmente no último século de forma a mitigar as possibilidades de seu uso indevido, a propriedade intelectual não passou ainda por essa revolução.²²⁶

Assim, o falso paradoxo é superado quando se analisa a relação dos dois sistemas da seguinte forma: a propriedade intelectual, garantindo a exclusividade de exploração de determinado produto, acirra a competição por novos inventos, promovendo o desenvolvimento econômico. A propriedade intelectual, dessa forma, tem o condão de estimular a competição. Mas a recíproca é verdadeira? A pressão competitiva estimula o surgimento de novos inventos?

Trata-se de questão que até hoje fomenta muito debate na economia.²²⁷ Schumpeter, por exemplo, entendia que empresas dominantes (como monopólios) teriam mais condições de inovar do que empresas em mercados estruturalmente competitivos.²²⁸ Monopolistas teriam os recursos para financiar pesquisas, bem como acesso a melhores condições de crédito. Ademais, monopolistas não precisariam temer os riscos de cópia por concorrentes, pelo que estariam em melhores condições para se apropriarem dos resultados da inovação.²²⁹

²²⁴ “Historically, many of the IP practices condemned by courts as antitrust violations or anticompetitive ‘misuse’ were not anticompetitive at all. This was true of most of the tying and resale price maintenance cases, but also of some of the horizontal restraint and refusal to deal cases.” HOVENKAMP, Herbert. IP and Antitrust Policy. A brief historical overview. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 05-31, 2005, p. 3.

²²⁵ Para exemplos de condutas abusivas, cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Competition, Patents and Innovation II. Policy Roundtables*. Paris, 2009.

²²⁶ HOVENKAMP, Herbert. Competition for innovation. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 13-25, 2013. Esse problema começa a ser mitigado ao se instrumentalizar o direito de propriedade intelectual como meio para se alcançar determinados fins. Cf., Constituição Federal, art. 5º, XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Para a aplicação concreta da instrumentalidade do direito industrial para mitigar o conflito com o direito antitruste, cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar Nº 08012.002673/2007-51. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 15 dez. 2010.

²²⁷ “In view of this theoretical complexity, it is not surprising that the empirical literature attempting to link market structure and product market competition (both viewed statically) to innovation is inconclusive. [...] Gilbert’s careful examination of the empirical record reaffirms that the existing body of theoretical and empirical literature on the relationship between competition and innovation supports neither “the Schumpeterian hypothesis that monopoly promotes either investment in R&D or the output of innovation” nor “a strong conclusion that competition is uniformly a stimulus to innovation.” GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, pp.4-5.

²²⁸ “Actually however there are superior methods available to the monopolist which either are not available at all to a crowd of competitors or are not available to the so readily: for there are advantages which, though not strictly unattainable on the competitive level of enterprise, are as a matter of fact secured only on the monopoly level, for instance, because monopolization may increase the sphere of influence of the better, and decrease the sphere of influence of the inferior brains, or because the monopoly enjoys a disproportionately higher financial standing.” SCHUMPETER, Joseph., *op. cit.*, pos. 2207.

²²⁹ HOVENKAMP, Herbert. Competition for innovation. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 13-25, 2013, pp. 5-6.

Na outra ponta encontra-se o trabalho de Keneth Arrow²³⁰, para quem uma concorrência vigorosa no mercado seria pré-requisito para a inovação.²³¹ Para ele, propriedade intelectual seria um substituto ao poder de mercado como meio de garantir a proteção aos frutos do invento. Ademais, destaca o autor que empresas pequenas teriam muito a ganhar ao inovar agressivamente, e muito a perder caso contrário.²³²

Ainda que não haja um consenso nesse debate, possivelmente a resposta está em um meio termo: o maior estímulo à inovação surge em mercados de concentração moderada. Mais concorrência, ou menos concorrência prejudicarão, ambas, os incentivos à inovação.²³³

2.3 Novas práticas, novos riscos

Empresas incumbentes podem reagir de diversas formas a tecnologias disruptivas. Empresas podem buscar competir no mérito, oferecendo novos produtos, com melhor qualidade e/ou com preços menores.²³⁴ É o caso da concorrência ocorrida no mercado de supermercados tradicionais com a entrada do Wal-Mart, com técnicas inovadoras de estoque. Hausman e Leibtag, por exemplo, estimam que, com a entrada de um supermercado da rede Wal-Mart em determinada localidade, supermercados já existentes reduziram seu preço em até 5%.²³⁵

Uma segunda postura se refere à procura de aumentar os custos dos rivais na esfera política. Incumbentes podem buscar proteção do Estado, esperando que este limite a atuação do agente inovador.²³⁶ É o exemplo trazido no início deste capítulo em relação ao Uber.

²³⁰ ARROW, Kenneth. Economic Welfare and the allocation of Resources for invention. *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors: A Conference of the Unive*, pp. 609-626, 1962. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1497764. Acesso em 12 fev. 2016.

²³¹ “Economic theory focusing upon dynamic considerations has long emphasized the possible link between market structure and incentives to innovate. The economic debate has deep roots in seminal analyses by, on the one hand, Joseph Schumpeter, who famously argued it is innovation, which he called a gale of creative destruction, that stimulates competition and, on the other hand, Kenneth Arrow, who was of the view that vigorous market competition is a precondition for innovation. To this day, however, the complex relationship between static product market competition and the incentive to innovate is not well understood.” GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p. 4.

²³² HOVENKAMP, Herbert. Competition for innovation. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 13-25, 2013, p. 6.

²³³ “Here the dominant, although, not unanimous answer seems to be that the innovation curve is an inverted ‘U’, with the highest rates of innovation occurring in moderately concentrated markets and tapering off as the market becomes either more monopolized or more competitive.” HOVENKAMP, Herbert. Competition for innovation. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 13-25, 2013, pp. 6-7.

²³⁴ WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p. 4

²³⁵ “Given a model of shopping behavior we estimate the compensating variation of household from the presence of supercenters. We find the benefits to be substantial. Thus, while we do not estimate the costs to workers who may receive lower wages and benefits, we find the effects of supercenter entry and expansion to be sufficiently large so that overall we find it to be extremely unlikely that the expansion of supercenters does not confer a significant overall benefit to consumers.” HAUSMAN, Jerry; LEIBTAG, Ephraim. Consumer benefits from increased competition in shopping outlets: measuring the effect of Wal-Mart. *NBER Working Paper Series*, 2005, p.2.

²³⁶ “A third category [...] involves attempts to raise rivals’ costs in the sphere of “public” competition. Public competition includes efforts to influence lawmakers and regulators to act in ways that may affect competition in the marketplace.” WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p.6

Por fim, a reação dos incumbentes pode ser a adoção de condutas anticompetitivas exclusionárias. Trata-se de tentativas da empresa dominante aumentar o custo de rivais na esfera privada, e assim proteger seu monopólio.²³⁷ Por exemplo, na década de 1950, um jornal com posição dominante buscou proibir que seus anunciantes também divulgassem seus produtos em rádios, meio que estava em franco crescimento.²³⁸ Outros importantes exemplos, e mais recentes, serão analisados em maior detalhe em seguida.

Justamente aí começam a aparecer as dificuldades do direito antitruste: pode ser difícil distinguir uma conduta exclusionária de uma conduta pró-competitiva. A nova economia envolve novos tipos de condutas e de tendências de mercados que, mal analisadas, podem levar à fácil, porém incorreta, identificação de uma conduta ilícita.²³⁹ Por isso é importante que o direito antitruste compreenda os novos produtos e formas de negócio em seu modelo de concorrência.

Por exemplo, na nova economia, é muito difícil que uma única companhia ofereça todos os pedaços de seu sistema, seja em termos de aplicativos, seja em termos de *hardware*. Assim, na nova economia ganha especial importância companhias que vendem componentes complementares. É o caso da relação entre a Microsoft e a Intel, a primeira se especializando em *software* e a segunda em *hardware*. Quando se oferta apenas um componente de uma plataforma, uma empresa não pode competir se não for compatível com o resto do sistema. Essa dinâmica estimula a importância dos colaboradores na nova economia.²⁴⁰ Disso decorre um relevante tema concorrencial relacionado à interoperabilidade e a sistemas fechados e abertos.²⁴¹

Tendo em vista a importância de se tornar a plataforma padrão, trabalhar com a expectativa do consumidor é essencial. Por isso, companhias participando em mercados com forte efeito de rede irão procurar convencer os usuários de que seu produto irá se tornar a tecnologia padrão. Essa característica pode levar ao forte uso de “pré-anúncios” como forma

²³⁷ “On the other end of the competitive spectrum, a second potential response to disruptive competition is exclusionary conduct. By this I mean the incumbent firm engages in conduct that raises the entrant’s cost of competing in the marketplace in order to stave off competition and maintain its monopoly power. Students of antitrust are familiar with the sorts of tactics an incumbent with market power might use to try and stave off creative destruction and whether and under what conditions those tactics are likely to be effective. Conduct that ‘raises rivals’ costs’ occasionally gives rise to antitrust liability when a plaintiff can prove the conduct results in greater market power and harm to competition without offsetting competitive virtues.” WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, pp. 4-5

²³⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Lorain Journal Co. v. United States*. 1951. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/143/>. Acesso em: 02 fev. 2016.

²³⁹ “Central questions for the productive application of antitrust analysis involving allegedly exclusionary conduct are the difficulties of identifying and distinguishing anticompetitive conduct from that with procompetitive virtues, and the role of the market in protecting consumers from attempts to harm competition. This second category relies solely upon private competition among firms.” WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p. 5.

²⁴⁰ SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 259.

²⁴¹ Cf. AZLETT, Thomas; TEECE, David; WAVERMAN, Leonard., *op. cit.*

de gerenciamento de expectativas.²⁴² Trata-se de uma das questões do caso IBM, que será visto em detalhes a seguir.

Na nova economia, o *timing* é essencial, tendo em vista o modelo competitivo visto acima e as vantagens do *first mover*. Uma entrada precoce pode levar a problemas de falta de recepção ou apoio de outros produtos – é o caso do lançamento de uma plataforma ou um sistema que não se mostra compatível com os demais componentes – reduzindo a atratividade do produto ao consumidor. Todavia, entrar muito tarde pode levar ao entrenchamento do incumbente, o qual se aproveita do efeito *lock-in*.²⁴³

A importância de ganhar rapidamente uma base de assinantes e usufruir, o mais breve possível, das vantagens dos efeitos de rede e, assim, consolidar sua dominância, pode gerar diversas outras práticas comerciais.²⁴⁴ É o caso, por exemplo, da oferta de diversas versões de um mesmo produto, de forma a capturar diferentes perfis de clientes. Nesse sentido, é comum, por exemplo, a utilização de versões gratuitas e versões *premium* com algum custo, mas com funcionalidades adicionais (os chamados *freemium*).²⁴⁵

Por fim, uma das práticas mais notórias e, ao mesmo tempo, mais problemáticas para o direito antitruste, é o chamado *bundling*. Essa prática é uma forma especial de criar versões de produtos, por meio da qual dois ou mais produtos distintos são oferecidos como um pacote, a um preço único.²⁴⁶ A prática pode ser especialmente nociva quando se torna espécie de venda-casada.

As dificuldades para o direito antitruste analisar essa prática decorrem justamente da natureza mutável dos produtos oferecidos na economia moderna. Produtos que anteriormente poderiam ser considerados como individuais, podem passar a ser considerados componentes de um mesmo pacote. Uma visão conservadora a respeito dos limites de um produto pode facilmente levar à identificação incorreta de práticas concorrenciais, especialmente de alavancagem de posição dominante de um produto para outro. É o que se pode observar no caso Microsoft, que será tratado na sequência.

²⁴² SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 344.

²⁴³ SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 357.

²⁴⁴ “If demand is growing rapidly, moreover, the firm in deciding on a price must trade off current against future profits, since a higher price today will slow the growth in demand. And by the assumption that it is a network market, the firm will have a strong incentive to charge a very low price in order to increase usage because that will enable it to charge a much higher price in the future—unless rapidity of innovation makes the future wholly uncertain, in which event it may abandon the hope of a network monopoly and charge a high price now.” POSNER, p. 9.

²⁴⁵ “Freemium offers a more sophisticated choice: ‘consumers can make individual decisions to pay money for a product or service or to barter their attention for an ad-supported version.’” NEWMAN, John. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Memphis Legal Studies Research Paper n. 151*, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2474874>. Acesso em: 07 jun. 2015, p. 18.

²⁴⁶ SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 1434.

2.4 Limitações do método antitruste

Tanto a forma preventiva quanto a repressiva de controle do poder econômico – objeto do direito antitruste, como visto no primeiro capítulo – compartilham entre si o método. Trata-se de processo que evoluiu substancialmente ao longo da história do direito antitruste. Sobretudo a partir do desenvolvimento de teorias econômicas, hoje se apresenta com um elevado grau de tecnicismo, o que, nem por isso, afasta suas limitações.

De qualquer forma, a grande importância da economia para o desenvolvimento desse método não precisa ser confundida com o esvaziamento do direito antitruste. A economia se mostra uma poderosa ferramenta para se avaliar os custos e benefícios de uma política.²⁴⁷ Ela não precisa indicar a melhor resposta, mas contribui para a tomada de uma decisão melhor informada.²⁴⁸

O método antitruste opera, em regra, em dois níveis: (a) análise de poder de mercado, dividida em (a.i) definição do mercado relevante e cálculo de participações de mercado; (a.ii) análise de barreiras à entrada; e (a.iii) rivalidade; e (b) eficiências.

A questão de se o método antitruste é capaz de lidar com concentrações ou condutas ocorridas na nova economia tem sido muito debatida atualmente, sobretudo a partir do julgamento do caso Microsoft. Nesse sentido, esse tema foi objeto central de comissão para a modernização do direito antitruste, da presidência e do congresso norte-americano em 2007.²⁴⁹

A maior crítica quando à análise tradicional do direito antitruste aplicado a mercados de alta tecnologia se refere a uma suposta estaticidade dos instrumentos de análise

²⁴⁷ “The public purpose of economics is not to eliminate political concerns from policy makers to make judgments about the costs or effectiveness of a particular policy,” HOVENKAMP, Herbert., *op. cit.*, p. 69.

²⁴⁸ A crescente preocupação com os custos e benefícios da atuação pública seria uma tendência de todo o aparato estatal. Cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 206-213, que aponta a análise de custo e benefício como a terceira onda regulatória. A respeito da importância de análise empírica para o direito administrativo, como forma de se entender o impacto dos arranjos procedimentais e institucionais do estado, cf. COGLIANESE, Cary. *Empirical analysis and administrative law*. *University of Illinois Law Review*, 2002.

²⁴⁹ “For purposes of this Report, the key question is whether antitrust analysis can properly account for the economic characteristics of these markets. [...] The Commission sought comment on and testimony about the application of antitrust analysis in industries in which innovation, intellectual property, and technological change are central features. Among other things, the Commission asked whether antitrust law encouraged a static analysis of dynamic industries or whether particular features of new economy industries posed distinctive problems for antitrust analysis. The Commission also asked whether antitrust law should use different benchmarks for market definition or market power assessments in new economy industries because innovation-driven firms may need to set prices above marginal costs to earn reasonable returns on their investments in innovation.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Antitrust Modernization Commission. *Report and Recommendations*, 2007, p. 31.

face à dinamicidade desse mercado.²⁵⁰ Essa característica poderia levar as autoridades a focarem em algumas questões pontuais, deixando de lado a perspectiva geral da competição no (ou pelo) mercado.²⁵¹

2.4.1 IBM e a definição de mercados relevantes: de onde vem a pressão competitiva?

Se o direito antitruste é uma forma de controle do poder econômico (ou poder de mercado), a primeira etapa de uma análise antitruste deve consistir na verificação da existência desse poder no caso concreto.²⁵²⁻²⁵³ O caso IBM se mostra um bom exemplo para se estudar o primeiro elemento para a aferição do poder de mercado segundo os guias tradicionais de análise antitruste: a definição do poder de mercado.

O caso se iniciou na década de 1960, quando a indústria da computação ainda dava seus primeiros passos e apresentava características totalmente distintas da indústria moderna. O Departamento de Justiça norte-americano apresentou uma denúncia em que acusava a IBM de tentativa de monopolização do mercado para serviços gerais de sistemas digitais de computação.

²⁵⁰ “Modern antitrust theory and practice—the “antitrust enterprise”—traces its roots to a time when national output was heavily dependent on raw natural resources and manufactured goods. Economies were agrarian and industrial. And, unsurprisingly, the traditional targets of antitrust enforcement competed in commoditized lines of commerce: oil, steel, aluminum, tobacco, and the like. For purposes of economic and antitrust analyses, this type of market is relatively simple to navigate. The relevant products are largely homogeneous—one bushel of corn, foot of pipe, or pound of cement is generally a nearly perfect substitute for another. Production is often subject to substantial economies of scale, a feature that tends to increase market concentration and yield a manageable number of large, established competitors in a given market. Barriers to entry often consist primarily of time and capital. And firms compete primarily by setting price or output levels, rather than by product innovation.” NEWMAN, pp.41-42.

²⁵¹ “The problem arises in part because, while the concerns over network effects are dynamic, the principal tools for antitrust analysis—especially respecting definition of the relevant market—are static. These tools almost inevitably orient enforcers’ decisions toward excessive concern with one part of what, rightly understood, is a much larger competitive picture, even though the composition of the larger picture is difficult to predict.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 3

²⁵² “O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.” BRASIL. PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1 DE AGOSTO DE 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 ago. 2001, p. 4.

²⁵³ Para determinados tipos de condutas, especialmente a de cartel, não é necessário a análise dessa etapa, pois ela já é presumida. “De fato, postas: a premissa metodológica de acordo com a qual os agentes econômicos são racionais (i.e. aproveitam oportunidades de maximização dos lucros) e a premissa teórico-econômica de acordo com a qual a lucratividade do acordo de preços está condicionada à detenção conjunta, pelos partícipes, de poder de mercado para o aumento dos preços e a redução das quantidades ofertadas, segue-se necessariamente que a prova do fato do acordo é suficiente para a conclusão no sentido da produção da perda de bem-estar. Em outras palavras, se os agentes são racionais e se os mesmos decidem participar de um acordo dessa natureza, pode-se afirmar que eles detêm—pelo menos em conjunto—o poder de mercado que está sendo de fato utilizado no sentido da produção da perda de bem-estar (um aumento de preços a um nível superior ao competitivo e uma redução da oferta a um nível inferior ao competitivo).” SCHUARTZ, Luis Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes* in POSSAS, Mário L. (org). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135., p.121. É o que estabelece a jurisprudência do CADE: “Em suma, conforme a Lei nº 8.884/94 e precedentes do CADE, nos casos em que houver a atuação de um cartel clássico, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração, presumindo-se a potencialidade de que sejam produzidos efeitos prejudiciais à concorrência.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.004702/2004-77. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 09 de maio de 2012. “Do exposto, conclui-se que, em processos em que restar comprovado que concorrentes realizaram um conluio organizado com o único objetivo de elevar preços em detrimento do consumidor, é desnecessária a análise de elementos como o mercado relevante afetado, a participação de mercado detida pelos agentes investigados e a existência ou não de barreiras à entrada, já que a potencialidade lesiva da conduta sobre a ordem concorrencial—que constitui o critério central no direito brasileiro para a configuração da infração à ordem econômica—decorre diretamente das provas da materialidade do conluio organizado de preços.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.004472/2000-12. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 06 de março de 2013.

A conduta da companhia teria sido a de integrar (*bundle*) hardwares e softwares, bem como serviços de suporte relacionados. A denúncia acusava a empresa, ainda, de anunciar prematuramente novos modelos de computadores, de oferecer preços discriminatoriamente baixos a instituições educacionais e de monopolizar o mercado de periféricos. Com essas condutas, a empresa estaria buscando limitar a capacidade competitiva dos rivais, limitar e dificultar entradas no mercado e influenciar a escolha dos estudantes em suas futuras aquisições de sistemas computacionais (o que, novamente, limitaria a capacidade competitiva dos rivais).²⁵⁴

Em face dessas condutas, pleiteava o Departamento de Justiça: (i) a comercialização separada de sistemas computacionais, periféricos, softwares e serviços de suporte ao consumidor; (ii) que a IBM deixasse de introduzir no mercado hardwares “de combate”;²⁵⁵ (iii) que a companhia deixasse de anunciar novos computadores até que estes fossem objeto de testes normais de mercado;²⁵⁶ e (iv) a reorganização da IBM, possivelmente com o desinvestimento de seu negócio de periféricos ou de suporte ao consumidor.²⁵⁷

O caso se arrastou por mais de doze anos, tempo no qual a indústria passou por profundas e significativas mudanças, em termos de tecnologia, e de agentes econômicos relevantes. Apenas dois anos depois da formalização da denúncia, o microchip acabava de ser inventado, levando à era dos microcomputadores (o da IBM, por exemplo, seria lançado em 1981).

Com efeito, observou-se uma crescente quantidade de entradas no mercado, mas não no de grandes computadores de uso geral (*mainframe*) da IBM, mas especialmente no de microcomputadores (ou computadores pessoais – PC), que se tornaram possível graças ao avanço tecnológico em termos de microprocessadores e chips de memória. A importância da evolução tecnológica se materializava no preço dos computadores: enquanto um equipamento custava por volta de um milhão de dólares em 1969, em 1979 custaria por volta de trinta mil, e em 1989 custaria apenas mil dólares.²⁵⁸

O processo se encerrou com um pedido do Procurador-Geral pelo seu arquivamento, em 1982. Ainda assim, o caso permite extrair uma série de conclusões. A

²⁵⁴ CRANDALL, Robert; JACKSON, Charles. Antitrust in High-Tech Industries. *Conference on Antitrust and the Dynamics of Competition in “New Economy”*, 2010, p. 6. Cf. também CASS, Ronald., *op. cit.*, pp. 12-13.

²⁵⁵ “First, the government asked that IBM be barred from introducing hardware ‘which is not likely to result in returns reasonably to returns from other computer hardware products’ sold by IBM. Presumably, this provision was intended to bar IBM from introducing “fighting” machines, i.e., machines whose principal purpose is to compete aggressively with rivals’ new offerings.” CRANDALL, Robert; JACKSON, Charles., *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁶ “This provision was included under the theory that IBM’s market position had been strengthened by premature announcements of product introductions that it subsequently had to delay or cancel—hardly a rational strategy if repeated.” *Ibidem*, p. 7.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 8.

²⁵⁸ “First, if that trend translated directly to a decrease in the cost of systems, such as computers built with semiconductor chips, then a computer costing one million dollars in 1969 would cost about \$30,000 in 1979 and only about \$1,000 in 1989.” *Ibidem*, p. 10.

principal é: caso tivesse sido bem sucedido, o caso IBM teria conseguido mudar a dinâmica do mercado? Teria viabilizado a entrada de novos competidores, ainda que na década de 1960, no mercado de *mainframes*?

Conforme análise de comentaristas sobre o caso, o mercado de *mainframes* contava com enormes custos irrecuperáveis e já se mostrava ameaçado por uma nova tecnologia.²⁵⁹ Justamente aí se observa a principal falha do caso trazido pelo Departamento de Justiça norte-americano: sua incapacidade de assimilar a tendência do mercado e sua evolução, de compreender de onde vinha a pressão competitiva. Essa falha decorreu de uma definição de mercado relevante extremamente restrita.²⁶⁰

A definição do mercado relevante é a pedra fundamental do direito antitruste²⁶¹ e busca compreender a dinâmica concorrencial existente no mercado. O mercado relevante consiste na definição de um conjunto de produtos e de espaços geográficos para se verificar o poder econômico de seus agentes.²⁶² Seu propósito é identificar quais empresas estão presentes nesse mercado.²⁶³

Economicamente, o mercado relevante pode ser definido como o menor conjunto de vendas para o qual a elasticidade da demanda e da oferta²⁶⁴ são suficientemente baixas de forma a que uma empresa com 100% desse conjunto de vendas possa, de forma lucrativa, reduzir a oferta e aumentar preços acima do custo marginal.²⁶⁵

A ferramenta mais tradicional para a definição do mercado relevante é o teste do monopolista hipotético, que visa avaliar a reação do mercado em caso de um aumento pequeno, mas substancial – normalmente entre 5% e 10% –, e não transitório de preços.²⁶⁶

²⁵⁹ “But could any relief in the IBM case have stimulated entry into general-purpose, ‘mainframe’ computer production in the 1960s? Given these endogenous sunk costs in the mainframe platform and the rapid rate of technical change in electronics and computers that was underway, competition was more likely to come from those developing new platforms, not from new or existing producers of mainframe computers.” *Ibidem*, p. 11.

²⁶⁰ “Even more problematic, however, was the government’s position on the relevant market within which IBM operated and which IBM was asserted to monopolize. The Department of Justice defined the market narrowly to include only general purpose electronic digital computers, a definition that excluded a large number of other computers. That market definition did not take account of the reality of competition in the marketplace from numerous machines that, if not providing the same computational heft as IBM’s mainframes, nonetheless offered computing options that in combination could certainly substitute for mainframes. No doubt, the suggested market definition was useful strategically, but it also probably fit sincere views of those in the Department overseeing the case that IBM was in fact a heavyweight astride the computer market, actively working to prevent others from competing effectively.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 13

²⁶¹ “Market definition is often the most critical step in evaluating market power and determining whether business conduct has or likely will have anticompetitive effects.” BAKER, Jonathan. Market definition: an analytical overview. *Antitrust law journal*, v. 74, p. 129-173, 2007, p. 129.

²⁶² “A definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites.” BRASIL. PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1 DE AGOSTO DE 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 ago. 2001, p. 9

²⁶³ BAKER, Jonathan B., *op. cit.*, p. 130.

²⁶⁴ Contestando o uso da substitutibilidade pelo lado da oferta na definição de mercado relevante, vide BAKER, Jonathan B., *op. cit.*, pp. 133-138.

²⁶⁵ HOVENKAMP, Herbert., *op. cit.*, p. 83.

²⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#4>. Acesso em: 7 ago. 2015.

Caso os consumidores desse mercado migrem substancialmente para outro produto, o mercado relevante deve considerar também esse produto em sua definição.²⁶⁷

Na denúncia do DoJ, o mercado relevante no caso IBM se limita ao de computadores de propósito geral, não incluindo uma série de outros recursos computacionais, especialmente o de computadores pessoais. Todavia, foi justamente o desenvolvimento desse sistema que acabou erodindo o poder de mercado da IBM.²⁶⁸

Os remédios propostos, assim, dificilmente teriam qualquer efeito prático real de aumentar a competitividade no mercado ou de alterar o rumo da indústria.²⁶⁹ Com efeito, a IBM teve muito pouco controle sobre a evolução dos computadores ao longo dos anos 1980 e 1990. Na realidade, se tivessem sido aplicados, os remédios poderiam ter resultado em consequências nocivas à capacidade competitiva da companhia no futuro desdobramento da indústria, e, possivelmente, poderia ter prejudicado os consumidores. Por exemplo, os remédios poderiam dificultar a competição no mercado pelo lançamento de produtos que fizessem frente aos computadores pessoais da Apple, HP ou Compaq, impedindo ou atrasando o lançamento de novos produtos. Independentemente do processo ter sido arquivado, sua mera existência implicou pesado ônus financeiro à companhia, estimado em até cinco bilhões de dólares correntes²⁷⁰, além de ter sido motivo de distração da gerência da companhia.²⁷¹

²⁶⁷ “O teste do ‘monopolista hipotético’ consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado. Em outras palavras, ‘o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado. Um suposto monopolista está em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preço quando os consumidores não puderem desviar uma parcela significativa da demanda para bens substitutos ou bens provenientes de outra região. Os conjuntos de produtos e áreas geográficas que um hipotético monopolista deve controlar para que possa impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento dos preços determinam, respectivamente, a dimensão do produto e a dimensão geográfica do mercado relevante.’ BRASIL. PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1 DE AGOSTO DE 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 ago. 2001, p. 4, pp. 9-10.

²⁶⁸ “The new entrants in the 1970s were beginning to target the household market for “personal computers,” which at first would not compete directly with IBM’s general purpose mainframes. At times, Wang, Prime, and Tandem were mentioned in the litigation as possible competitors, but most of the new entrants offering personal computers were not. Yet it was the development of these new personal computers with rapidly expanding capabilities and even more rapidly expanding memory that eventually eroded IBM’s market power.” CRANDALL, Robert; JACKSON, Charles., *op. cit.*, p. 9. “What is clear is that the market was evolving in ways that undermined the position of dominance IBM had enjoyed and that this evolution had roots that predated the case, as well as tracing to decisions reached during and after the litigation.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 15.

²⁶⁹ “Moreover, it is far from obvious that a different outcome to the IBM suit would have affected the changes in the computer industry that took place in the late 1970s and 1980s. Even if the government had achieved its objectives of requiring that IBM sell or lease its various system components on an unbundled basis, refrain from offering new ‘unrelated’ products, refrain from preannouncing new systems, or even divest itself of various operations, it is difficult to see how this would have had any effect on the PC revolution that was starting at firms like Apple, Intel, Microsoft, Hewlett-Packard, Compaq, and elsewhere.” CRANDALL, Robert; JACKSON, Charles., *op. cit.*, p. 11.

²⁷⁰ “In addition to the weakness of the underlying allegations, from an economic perspective, those who have studied the IBM case have reported the toll the case took on the company. Simply on the financial side, the case was a significant drain on the company, costing IBM something on the order of \$1 billion (a figure that would be equivalent to between \$4 and \$5 billion today). As Don Waldman observed, “[t]he opportunity costs of spending \$1 billion on antitrust defense are astounding.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 14.

2.4.1.1 O necessário reconhecimento das limitações da definição de mercado relevante

Como aplicar o teste do monopolista hipotético em uma situação em que o preço cobrado por um serviço é zero?²⁷² Como analisar a competição em preços, quando esta variável não tende a refletir o custo marginal, mesmo em um mercado competitivo?²⁷³ Ainda que não seja o caso específico do caso IBM, mas representativo para outros mercados da nova economia, como definir um mercado a partir da elasticidade da demanda em um mercado de duas pontas?

Como o caso IBM e as questões acima evidenciam, a definição de mercado é uma metodologia falível, razão pela qual, longe de ter uma importância absoluta e pretensão de precisão, deve ser reconhecida como “uma mera simplificação, uma ferramenta útil, mas não necessariamente imprescindível.”²⁷⁴

O conceito de mercado relevante não precisa ter a pretensão de precisão absoluta, devendo ser complementado por outras ferramentas, como nos casos em que há alternativas concorrentes igualmente plausíveis.²⁷⁵ A nova economia, por envolver uma constante mutação dos mercados, deve também considerar a pressão competitiva exercida por substitutivos imperfeitos.²⁷⁶

Um mercado pode surgir e desaparecer em questão de poucos anos, e a origem da pressão competitiva a determinado sistema pode lhe ser externa – é o que nos ilustra o caso da IBM, com a pressão dos computadores pessoais sobre os tradicionais *mainframes* da companhia. Por essa razão, a definição correta de um mercado relevante deveria incluir a próxima geração de produtos que, espera-se, substituam a geração atual.²⁷⁷ Trata-se de como a realidade do mercado funciona, em que um agente de mercado é pressionado pela potencial competição de um concorrente, ainda que este se encontre aparentemente longe, seja do ponto

²⁷¹ Nesse sentido, o governo americano teria juntado mais de 750 milhões de documentos ao longo do processo, relacionado a cada detalhe operacional da companhia.

²⁷² Para Newman: “Antitrust law, however, failed to evolve to account for the disappearance of prices.” NEWMAN, John., *op. cit.*, p. 43.

²⁷³ Cf. SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 134, para quem na nova economia, a precificação não deve seguir custos de produção, mas a valorização do produto pelo consumidor. “This sort of cost structure has many importance implications. For example, cost-based pricing just doesn’t work : a 10 or 20 percent markup on unit cost makes no sense when unit cost is zero. You must price your information goods according to consumer value, not according to your production cost.”

²⁷⁴ FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ “The market boundaries that so often are taken for granted frequently fail to capture the most important sources of competition. That is true even in markets as ‘old-line’ and seemingly simple as the auto market, but it is even more likely to be true in high-technology industries where, almost by definition, new innovations will revise established assumptions about how things are done.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 29.

²⁷⁷ “Even markets that are not “contestable” in the immediate term (in the sense of firms being able to enter on a temporary basis to constrain pricing flexibility, even, theoretically, in a monopoly market) may in fact be contested in a more meaningful way at each critical stage of development and especially contested if one recognizes that the relevant market over the longer term encompasses the next generation of products that will supplant the current generation. That recognition keeps temporarily successful firms wary of losing their position as market leaders at the same time that leading firms appear sufficiently dominant over a market segment to attract both complaints from rivals and antitrust attention from government officials.” CASS, Ronald., *op. cit.*, pp. 9-10.

de vista do produto, seja do ponto de vista geográfico.²⁷⁸⁻²⁷⁹ Nesse sentido, “tão importante como segmentar mercados que se baseiam na tecnologia é reagrupá-los e conectá-los sob uma perspectiva dinâmica e funcional, com base em parâmetros como interconexão, compatibilidade e interoperabilidade.”²⁸⁰

De qualquer forma, desnecessário tratar sobre as dificuldades práticas de se implementar essa sugestão. Se nem os próprios agentes econômicos atuantes podem ter certeza sobre o que será a geração futura ou prever o futuro comportamento do mercado, quanto mais as autoridades de defesa da concorrência, que possuem uma quantidade de informações muito inferior àqueles.²⁸¹

Às dificuldades de definição do mercado relevante na nova economia acrescenta-se, ainda, o fato de esta envolver, em muitos casos, mercados de duas pontas. As ferramentas do direito antitruste, todavia, teriam sido desenvolvidas para o funcionamento de mercados de um único lado, e sua aplicação – inalterada – pode levar a distorções nocivas.

Por exemplo, ao se aumentar o preço em um lado do mercado, a plataforma poderá perder usuários nessa mesma ponta. Mas, a quantidade desses usuários pode ser elemento de valorização da plataforma para os usuários integrantes da outra ponta (e.g., relação anunciantes - usuários). Essa perda de usuários de um lado da plataforma pode levar, assim, a uma perda de usuários na outra ponta, não diretamente por questões de preço, mas por externalidades de rede.²⁸² Por essa razão, a precificação ótima em um lado do mercado pode até mesmo envolver um preço abaixo do custo marginal, inclusive preços zero.²⁸³

²⁷⁸ Um exemplo ilustrativo é a preocupação tratada pelo ex-CEO do Google, Eric Schmidt, quanto ao futuro certo da ameaça da Microsoft nos negócios de busca online e propaganda digital. “Porém, como o e-mail de Mike deixava claro, havia um grande concorrente no horizonte [...]. Finlândia era o codinome interno para a Microsoft, a empresa de tecnologia mais importante do mundo naquela época. Eric sabia que grande parte do tráfego do Google vinha de usuários do navegador Internet Explorer, da Microsoft. Como todo mundo no Google, ele acreditava que a internet era a plataforma tecnológica do futuro e que a busca era uma de suas aplicações mais úteis. Por isso, era apenas uma questão de tempo para que nossos amigos de Redmond se interessassem pelo que estávamos fazendo.” SCHMIDT, Eric; ROSENBERG, Jonathan. *Como o Google Funciona*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 19. A Google estava certa: “A Microsoft desafiou o Google de forma agressiva e supostamente gastou quase 11 bilhões de dólares na tentativa de derrubá-lo da posição de *player*-chave nos negócios de busca e de propaganda na internet. Programas da Microsoft, como MSN Search, Windows Live e Bing, e aquisições como a Quantitative não conseguiram de fato se destacar, não porque foram mal executados, mas porque o Google estava muito bem preparado para eles.” *Ibidem*, p. 25.

²⁷⁹ “*But economist who, ex visu of a point of time, look for example at the behavior of an oligopolist industry — an industry which consists of a few big firms — and observe the well-known moves and countermoves within it that seem to aim at nothing but high prices and restrictions of output are making precisely that hypothesis. They accept the data of the momentary situation as if there were no past or future to it and think that they have understood what there is to understand if they interpret the behavior of those firms by means of the principle of maximizing profits with reference to those data. The usual theorist's paper and the usual government commission's report practically never try to see that behavior, on the one hand, as a result of a piece of past history and, on the other hand, as an attempt to deal with a situation that is sure to change presently — as an attempt by those firms to keep on their feet, on ground that is slipping away from under them. In other words, the problem that is usually being visualized is how capitalism administers existing structures, whereas the relevant problem is how it creates and destroys them. As long as this is not recognized, the investigator does a meaningless job. As soon as it is recognized, his outlook on capitalist practice and its social results changes considerably.*” SCHUMPETER, Joseph., *op. cit.*, pos. 8723.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ “*Almost no one, even those most intimately engaged in the industry itself, is apt to make good predictions about which technologies will succeed or what the ultimate scope of a new technology will be.*” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 29

²⁸² DAVID, Evans. *Defining markets that involve multi-sided platform businesses*. An empirical framework with an application to Google's purchase of DoubleClick. 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1027933>. Acesso em: 09 fev. 2016, p. 6.

²⁸³ EVANS, David., *op. cit.*, p. 7.

Assim, o próprio uso do teste do monopolista hipotético precisa ser revisto. Caso seja aplicado a apenas um lado da plataforma, levará a uma definição restrita de mercado relevante, eliminando a importância da outra ponta do mercado como elemento de contenção de eventual abuso de poder de mercado.²⁸⁴

Uma definição restrita do mercado relevante é preocupante. Estratégias competitivas (legítimas), cuja racionalidade se depreende apenas a partir da observação do quadro completo, podem ser mal interpretadas, levando a decisões indevidas que afetam o equilíbrio eficiente entre os diversos lados do mercado. Talvez esse seja o elemento central por trás das investigações em torno do Google, que será tratada no capítulo seguinte.

2.4.2 Participação de mercado: relevância limitada na nova economia

Definido o mercado relevante, o passo seguinte dentro de uma análise tradicional seria a verificação da participação de mercado dos agentes econômicos nele atuantes, preferencialmente em uma escala histórica, e não apenas em um ponto específico do tempo. Poder de mercado possivelmente existirá em situações de alta participação de mercado, mas não necessariamente.²⁸⁵

Na economia como um todo, e particularmente nos mercados de alta tecnologia, a participação de mercado e os índices a ela relacionados²⁸⁶, ainda que mantenham certa relevância na análise antitruste, “precisam ser contextualizados diante de outras evidências que possam aferir o real poder dos agentes diante das particularidades do mercado e das projeções futuras razoavelmente esperadas.”²⁸⁷

²⁸⁴ “The SSNIP test for defining a relevant market does not apply without significant modifications when any of products involved in the analysis are produced by an MSP. Consider the case of a merger between two symmetric MSPs that serve the same customer groups A and B. To define the market an analyst proceeds by starting with the merger of the products that serve demand for, say, side A because that is the focus of the competition concern. The set of products is expanded until a hypothetical monopolist over that set of products could raise price by, say, 5 percent or more on each of those products. That set of products then defines the market for analysis. However, by ignoring side B the analyst fails to consider that the hypothetical price increase reduces the number of side A customers available to side B, which thereby reduces the prices that side B customers will pay, and furthermore reduces the number of side B customers available to side A, which in turn reduces the prices that side A customers will pay. The link between sides A and B reduces the profitability of any price increase. The market defined by a one-sided application of the SSNIP test is necessarily drawn too narrowly from an otherwise properly conducted single sided approach because it fails to consider the tempering effects on price coming from the other side.” EVANS. David., *op. cit.*, pp.8-9.

²⁸⁵ REINO UNIDO. Office of Fair Trading. *Assessment of market power: Understanding competition law*. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf. Acesso em: 28 jan. 2016, p.11. No Brasil, BRASIL. PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1 DE AGOSTO DE 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 ago. 2001, p. 4, p. 11: “O fato de uma concentração envolver uma parcela de mercado suficientemente alta não implica necessariamente que a nova empresa formada exercerá de forma unilateral seu poder de mercado, ou que as empresas coordenarão suas decisões.”

²⁸⁶ Por exemplo, o *Herfindahl-Hirschman Index* – HHI, calculado a partir da soma dos quadrados das participações dos agentes atuantes no mercado relevante; ou o C_4 , índice que calcula a dominância dos quatro maiores concorrentes, de forma a avaliar os riscos de colusão no mercado.

²⁸⁷ FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

Primeiramente, cumpre relembrar que sua aferição é feita a partir na noção imperfeita de mercado relevante, o que torna “impossível se estabelecer, como regra, a confiança absoluta no cálculo de participações.”²⁸⁸

Em segundo lugar, justamente por não serem, como visto, mercados estáticos, o nexos de causalidade entre essa concentração e o poder de mercado – ou a existência de condutas anticompetitivas – é menos evidente. Uma alta participação de mercado está longe de, por si só, ser elemento conclusivo para a análise antitruste, sobretudo quando se considera o risco do mercado estar mal definido, e excluir elementos importantes de competição.^{289- 290}

Em terceiro lugar, a alta concentração pode não só ser um elemento natural desses mercados, tendo em vista os efeitos de rede, como também representar um incentivo à competição.²⁹¹ A perspectiva de criar a nova geração de produto dominante é um forte incentivo à competição, não no mercado, mas pelo mercado.²⁹² Se, como visto, a importância da inovação é possivelmente mais importante do que a estrita preocupação com curvas de preço, de oferta e de demanda, reconhecer que uma alta concentração de mercado é um “prêmio” ao agente que oferta o melhor produto pode ser necessário para que o direito

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ “These are markets where it is particularly difficult to maintain dominance, where sustained leadership over some time frame most likely indicates strong efficiencies (strong consumer value), and where innovations that are not yet recognized as significant can offer the strongest constraints on dominant firm behavior and the most important challenges to crafting a meaningful remedy that does more than disadvantage an individual contestant in a changing world.” *Ibidem*, p. 35.

²⁹⁰ “Rather, the larger problem is that it is exceedingly difficult for government officials to discern the critical factors that explain what actually makes a particular firm dominant, the factors that affect the durability of dominance, or the kinds of change in the market (either on the demand side or the supply side) that could dramatically erode that dominance. Those who were pushing for antitrust restraints on IBM, Microsoft, GM and AT&T viewed network effects as the primary source of dominance”. *Ibidem*, p. 30.

²⁹¹ “The characteristics that often lead to dominance within a particular market sector, however, invite investments not only in contesting the initial innovation but also in finding follow-on improvements and, even more, in discovering the next, game-changing innovation.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 9. “As already noted, however, network effects also can have just the opposite effect: they can be the reason that a firm’s dominance comes to an end, as the success of a dominant firm is a spur to investment in competing technologies, including technologies that will tap network effects to replace the successful product or service based on established technology.” *Ibidem*, p. 30.

²⁹² “The features of the new economy that I have been describing, all but the last (vertical integration, of which more later), tug it toward monopoly yet also, oddly, toward competition. The paradox dissolves by a reminder that competition to obtain a monopoly is an important form of competition. The more protection from competition the firm that succeeds in obtaining a monopoly will enjoy, the more competition there will be to become that monopolist; and provided that the only feasible or permitted means of obtaining the monopoly are socially productive, this competition may be wholly desirable. What is more, the successful monopolist is likely to be a firm that initially charges a very low price for the new product that it has created. (...) This is especially likely if the network will be a natural monopoly, in the sense that no competitor would find it feasible to duplicate it—then the faster the network reaches maturity the longer the monopolist will be protected from challenges to his monopoly.” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 4

antitruste seja aplicado corretamente.²⁹³ Nesse ponto, cumpre lembrar que ainda não existem dados conclusivos à respeito dos efeitos dos monopólios à inovação.²⁹⁴

Por outro lado, em casos de atos de concentração, a ausência de concentração horizontal ou de participações de mercado expressivas não garantirão, por si só, um salvo conduto à operação. “Com efeito, tais índices precisam ser contextualizados com a dinâmica de mercado, que muitas vezes só é revelada nas demais etapas.”²⁹⁵

Concluindo, como adverte Ana Frazão²⁹⁶, não se pode esquecer que o cálculo das participações de mercado é uma radiografia do presente, razão pela qual a análise precisa levar em consideração igualmente as expectativas razoáveis de mudanças futuras. Ainda que o grau de participação de mercado não enseje, atualmente, maiores preocupações, nada impede que venha a apresentar preocupações em um futuro próximo. A recíproca também pode ser verdadeira: altas concentrações de mercado hoje podem ter pouca ou até nenhuma relevância amanhã.

2.4.3 Microsoft e a *applications barrier to entry*: contestando o poder de mercado

O caso U.S. v. Microsoft²⁹⁷ é o caso paradigmático a respeito da aplicação do direito antitruste em mercados de alta tecnologia,²⁹⁸ sendo provavelmente o processo antitruste mais importante da década de 1990.²⁹⁹

O caso foi apresentado pelo Departamento de Justiça norte-americano em 1998, que acusava a Microsoft de ter praticado diversas condutas anticompetitivas na busca de

²⁹³ “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.” POSNER, Richard. *Antitrust in the new economy*. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 5. Cf. também GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p. 6: “Although dynamic considerations are usually incorporated into antitrust analyses through a fact-intensive inquiry, perhaps the most prominent counter-example involves a bright-line presumption of legality: the Sherman Act does not prohibit a monopoly from charging the profit-maximizing price if the firm has lawfully acquired its market power. For this reason, as Evans and Hylton point out, it is not accurate to say that the U.S. antitrust laws are designed to ‘maximize consumer welfare’ in the static sense. Instead, the principle that neither monopoly profits nor monopoly pricing is unlawful under the Sherman Act implicitly but necessarily involves the presumption that the dynamic benefits from innovation and from ‘competition for the market’ will outweigh the deadweight losses emphasized in static analysis. In the Trinko case Justice Scalia made the connection to dynamic considerations explicit when he observed not only that charging monopoly prices is lawful but also that ‘[t]he opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.’”

²⁹⁴ “And while it is possible to argue that monopoly can have other bad effects besides the limitation of output over the competitive level that monopoly pricing brings about, namely a reduction in the rate or distortion in the direction of innovation, economic theory and empirical evidence have yet to generate a consensus on whether monopoly is on balance good or bad for innovation.” POSNER, Richard. *Antitrust in the new economy*. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 9;

²⁹⁵ FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. U.S. v. Microsoft. 2001. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_case?case=17987618389090921096&q=us+v.+mircrosoft&hl=en&as_sdt=2002. Acesso em: 20 dez. 2014.

²⁹⁸ MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p.18.

²⁹⁹ MELAMED, Douglas; RUBINFELD, Daniel. U.S. v. Microsoft: Lessons learned and issues raised. In: FOX, Eleanor; CRANE, Daniel. (ed.). *Antitrust Stories*. Thomson West, 2007, pp. 288-310, p. 288.

proteger o seu monopólio no mercado de sistemas operacionais para computadores pessoais e eliminar a concorrência, em especial o Netscape. Para entender a lógica da conduta, é necessário tecer alguns comentários acerca do mercado de sistemas operacionais.

Sistemas operacionais desempenham uma série de funções, como alocar memória e controlar os periféricos, bem como servem de plataforma para aplicações de softwares. Fazem isso expondo protocolos que realizam certas funções comuns (*Application Programming Interfaces* – API). Desenvolvedores de software que pretendem incluir essa função não precisam duplicar ela em seu próprio código, bastando utilizar um API. É por meio desses API que um programa interage com o *hardware*. Cada sistema operacional possui uma linguagem (API) própria, razão pela qual desenvolvedores devem desenhar seus programas para interagir com um sistema operacional específico.

À época dos fatos, o Windows já representava a maior parte do mercado de sistemas operacionais para computadores pessoais. Com isso, a Microsoft gozava de um importante efeito de rede: a grande quantidade de usuários atraía desenvolvedores de programas para desenharem seus produtos para o sistema operacional Windows; por outro lado, a maior quantidade de programas disponíveis para esse sistema operacional tornava ainda mais atrativo o Windows para os usuários.

Essa dinâmica constituía um problema para que novas empresas entrassem no mercado; configurando, assim, uma barreira de mercado. A lógica do que ficou conhecido como “*applications barrier to entry*” – que nada mais do que uma barreira à entrada em decorrência de efeitos de rede no mercado de *softwares* – é simples: nenhum sistema operacional conseguiria atrair usuários suficientes sem uma quantidade significativa de programas; desenvolvedores de programas não desperdiçariam seus limitados recursos a desenhar programas para sistemas operacionais que não tivessem muitos usuários, pois limitaria sua penetração e o ganho de escala. A barreira se fazia presente tendo em vista que o custo de alterar um programa para atender a outro sistema operacional poderia ser significativo.³⁰⁰

Na década de 1990, começou a se difundir a crença de que navegadores de internet, como o Navigator da Netscape, poderiam vir a diminuir essa barreira, expondo o sistema operacional da Microsoft a novas formas de concorrência. O navegador funcionaria

³⁰⁰“Because much of the costs of developing and marketing applications are sunk (i.e., cannot easily be of value elsewhere) and costs of revising applications so that they can run on different operating systems are substantial, an application initially written for the Windows OS cannot easily be ported to another operating system. Applications developers are, moreover, less likely to write applications for other OSs that have far fewer users. There is, in other words, a ‘chicken-and-egg’ problem, in which one cannot sell a new OS without an abundance of applications, and applications will not be written for a new OS until it has lots of users.” MELAMED, Douglas; RUBINFELD, Daniel., *op. cit.*, p. 292.

como um *middleware*, um intermediário entre um programa e o sistema operacional. Um programa poderia ser desenhado para o navegador, o qual se encarregaria de fazer a linguagem para o sistema operacional. Sendo assim, um mesmo programa poderia ser utilizado para qualquer sistema operacional.³⁰¹

Assim, a Microsoft foi acusada de praticar uma série de atos com o objetivo de minar a nascente concorrência que navegadores poderiam constituir ao seu monopólio no mercado de sistemas operacionais. As principais condutas se referiam a contratos de licenciamento com fabricantes (*original equipment manufacturer*) e com a integração do Internet Explorer, o navegador da Microsoft, ao sistema operacional Windows 97.

Tendo em vista que essas práticas garantiriam que o navegador Windows Explorer já viesse instalado em um computador, a Microsoft estaria dificultando que navegadores concorrentes, como o Navigator, fossem utilizados. Isso porque instalar dois programas para uma mesma finalidade envolveria, como se acreditava, uma série de dificuldades: envolveria o gasto dobrado de memória para navegadores ou o custo dobrado com serviços de atendimento ao cliente especializado para cada navegador. Para minimizar tais gastos, comerciantes ou fabricantes optariam pela escolha de um único navegador – o Internet Explorer.

A Microsoft foi condenada por tais práticas, e sofreu diversas sanções: diversas limitações foram impostas a suas contratações com os demais agentes do mercado, bem como se previu regras de transparência em relação a seus códigos para facilitar a interconexão. Em decisão que acabou sendo posteriormente revista, chegou-se até mesmo a obrigar a quebra da Microsoft em duas empresas, uma cuidando de seu sistema operacional, outra de programas.

O caso Microsoft apresenta uma série de semelhanças com o caso IBM. Ambos envolveram as empresas de tecnologia então dominantes na área de computação, que pareciam destinadas a dominar o mercado ainda por um longo tempo, que supostamente estariam se utilizando de diversas práticas contratuais e de licenciamento de seu produto para limitar ilicitamente a capacidade competitiva de seus concorrentes. Em ambos os casos, a

³⁰¹ “If those developers chose to write applications for other operating systems (such as IBM’s OS/2 or Linux) or if they wrote directly to Navigator APIs (in which case the applications could be accessed by any operating system capable of using Navigator), the [applications barrier to entry] would be reduced, and the Windows monopoly would be at risk.” MELAMED, Douglas; RUBINFELD, Daniel., *op. cit.*, p. 292. “Netscape threatened Microsoft’s dominance not because it was a web browser, but because it offered an alternative platform to which developers could write their code. Microsoft feared that developers would begin to develop applications that would run on top of Netscape, a browser that would run equally well on rivals’ platforms as on Windows. Microsoft’s anticompetitive actions were undertaken to eliminate this threat and preserve the application’s barrier to entry.” SCOTT-MORTON, Fiona., *op. cit.*, p. 8.

conduta teria sido analisada mais sob o impacto das condutas sobre concorrentes do que sobre a concorrência, ou sobre o consumidor.³⁰²

Também como no caso IBM, o processo contra a Microsoft foi fundado em uma definição de mercado de sistemas operacionais por demais restritiva. O mercado relevante definido excluía do conceito de sistema operacional uma série de funcionalidades que são incorporadas nesse tipo de produto. Esqueceu-se que se trata de um “produto” cujo conceito apenas tende a se ampliar com o tempo, tendo em vista que consumidores esperam que diversos aplicativos já venham incluídos em sua compra.³⁰³ Com essa limitada definição, seria quase impossível que a Microsoft não engajassem em práticas anticompetitivas.³⁰⁴

Ademais, assim como com a IBM, o caso Microsoft deixou de incluir, em sua definição de mercado, as fontes que, no futuro, iriam causar pressão sob os produtos da companhia. Mais uma vez, essa limitação se deveu à dificuldade de compreender a tendência do mercado. No caso Microsoft essa limitação se deveu não só ao conceito restrito de sistema operacional, como visto acima, mas com a exclusão de outros produtos que, à época, pareciam longe de causar pressão competitiva sobre o sistema operacional Windows.³⁰⁵

A consequência de tal definição de mercado relevante é a criação de dificuldades para que a Microsoft aprimore seu sistema operacional no ritmo demandado pela evolução tecnológica. Alguns comentadores inclusive já alegam que os prejuízos de tal definição já seriam sentidos.³⁰⁶

O problema é majorado quando se reconhece a crescente internacionalização do direito antitruste, e a dimensão transnacional das condutas investigadas, aumentando a exposição das companhias à responsabilidade antitruste. É o que aconteceu concretamente com a Microsoft na Europa, em processo similar ao dos Estados Unidos. Todavia, no processo investigado pela Comissão Europeia, ao invés de se analisar o *bundling* entre

³⁰² “*The Microsoft Case - Like IBM, the case developed by the Federal Trade Commission and DOJ challenged the then-dominant technology company in the area of computing that looked destined to dominate that sector for the foreseeable future, asserting that a variety of its contracting and licensing practices unduly restricted rivals’ ability to compete. Like IBM, the government’s case viewed Microsoft’s conduct largely through the lens of its impact on competitors, with assertions of consumer harm developed as derivative of the limitations on competing businesses. And like IBM, the government’s case rested on a relatively narrow market definition.*” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 16.

³⁰³ “*The expansion of operating systems mirrors the evolution of other products, especially complex, high-technology products, which frequently include features valued by a large number of consumers in order to raise the value of the product and decrease search and acquisition costs.*” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁴ “*The market definition used by DOJ was narrow and archaic; it did not properly describe the products at issue. Given that definition, it was almost impossible for Microsoft not to engage in various forms of ‘anticompetitive behavior.’*” CRANDALL, Robert; JACKSON, Charles., *op. cit.*, p. 28.

³⁰⁵ “*Crandall and Jackson point to the roles that tablets and smartphones play today, functioning in ways that overlap with PCs; the operating systems running on those devices necessarily are competitive in significant measure with the operating systems running on PCs.*” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁶ “*Such harmful restrictions on the capabilities of Microsoft operating system products may have already occurred. Microsoft offers a free antivirus and computer security software package called Microsoft Security Essentials. It can be downloaded from the Microsoft web site and has received positive reviews. As best we can tell it is a sound product. It installs from an 8.3 megabyte file; therefore, space constraints on the distribution media do not prevent Microsoft from bundling it with its operating system products. As with the programs distributed as Microsoft Live Essentials, it is hard to understand how consumers benefit from Microsoft’s decision not to bundle Microsoft Security Essentials with the Windows operating system.*” CRANDALL, Robert; JACKSON, Charles., *op. cit.*, p. 30.

sistema operacional, investigou-se a integração do Windows com um *player* de vídeo e som, o Windows Media Player. A Comissão Europeia impôs pesada multa à Microsoft, de aproximadamente oitocentos milhões de dólares.

Como os casos acima demonstram, prever o futuro de um mercado é tarefa extremamente complexa. No caso Microsoft, por exemplo, as condições que levariam à ilicitude da conduta se deviam mais à ainda limitada capacidade dos computadores (em termos de capacidade de armazenamento) e à baixa familiaridade do usuário médio ao mundo digital, levando ao superdimensionamento de problemas de serviços de atendimento ao cliente ou de memória no computador.

Mas, ainda mais importante, o caso Microsoft evidencia as dificuldades de se tratar da contestação do poder de mercado, especialmente no que diz respeito às barreiras à entrada³⁰⁷ e a importância de se tutelar a concorrência incipiente e potencial.³⁰⁸

2.4.3.1 A necessária ampliação do debate em torno da concorrência potencial

A importância das entradas na análise antitruste foi particularmente enfatizada pela Escola de Chicago, para quem, sem barreiras de mercado, não existiria conduta anticompetitiva. Essa conclusão é fundada na racionalidade dos agentes econômicos: (i) seja do concorrente potencial, que entraria no mercado caso o incumbente abusasse de seu poder econômico; (ii) seja do próprio incumbente, que não abusaria de seu poder para não propiciar novas entradas.³⁰⁹

Todavia, a preocupação com a entrada, ainda que extremamente pertinente na análise antitruste, é muito mais sofisticada do que a Escola de Chicago fez parecer. A decisão dos agentes econômicos é muito mais complexa do que supunham os economistas de Chicago, baseando-se em uma idealização de pressupostos neoclássicos.³¹⁰

³⁰⁷ “For antitrust purposes, a barrier to entry is some factor in a market that permits firms already in the market to earn monopoly profits, while deterring outsiders from coming in. More formally, entry barriers measure ‘the extent to which, in the long run, established firms can elevate their selling prices above the minimal average costs of production and distribution’ without ‘inducing potential entrants to enter the industry’”. HOVENKAMP, Herbert., *op. cit.*, p. 39.

³⁰⁸ O exame das barreiras à entrada é parte da etapa de análise de probabilidade do exercício de poder de mercado. Seu primeiro passo consiste exatamente na análise das barreiras à entrada. Trata-se de verificar se um eventual exercício abusivo do poder de mercado poderia ser limitado pela entrada de novos produtores. Examina-se, entre outros elementos, a existência de custos irrecuperáveis, as barreiras legais ou regulatórias, economias de escala ou escopo, fidelização dos consumidores, ou a existência de patentes. O segundo passo é o exame da rivalidade. Ainda que o mercado seja altamente concentrado e protegido por barreiras à entrada, isso não quer dizer que não haja uma competição acirrada pelo mercado entre os poucos agentes nele presentes. Caso se verifique que no mercado relevante definido, a parte investigada possua elevada participação de um mercado relevante, marcado por elevadas barreiras à entrada e no qual inexistem uma forte rivalidade entre os competidores, essa parte será considerada como detentora de poder de mercado.

³⁰⁹ FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

³¹⁰ *Ibidem*.

Daí por que, mais importante do que saber se há ou não barreiras à entrada, é constatar, sob um viés prático e não meramente teórico, preferencialmente com base em evidências empíricas, (i) se, quando e em que medida a entrada é provável de ocorrer e (ii) se a existência de barreiras, apesar de não impedir, pode atrasar a entrada, gerando danos aos consumidores neste período.³¹¹

A questão da tempestividade de entrada, por exemplo, ganha novos contornos. O padrão considerado pelo CADE como razoável – dois anos – pode ser demasiado longo quando se considera a realidade de certos mercados e a importância do *first mover*. Essa ausência de timing pode tornar a entrada, ainda que em tese viável, incapaz, na prática, de contestar o poder de mercado dos incumbentes. A isso se relaciona a necessidade de associar a análise de entradas à avaliação de rivalidade, “até porque assegurar parâmetros mínimos de competição nos mercados, de imediato, é imprescindível para que as empresas sintam-se impelidas a disputar pelos consumidores com base em preços baixos e/ou melhor qualidade.”³¹²

Ao mesmo tempo em que a rivalidade é um problema especialmente preocupante quando envolve, por exemplo, a concentração de “rivais próximos” (*head to head*) – podendo aumentar a vulnerabilidade dos consumidores (e das demais empresas do mercado) à companhia dominante –, também é algo que ganha relevância pró-competitiva quando permite a criação de uma empresa capaz de concorrer de forma mais eficiente com concorrentes maiores.

Essa questão, que foi inclusive reconhecida na nova economia na análise do ato de concentração entre Microsoft e Yahoo! no mercado de buscadores online, enfatiza a importância da escala para a competição no mercado digital, sobretudo diante das externalidade de rede. Com efeito, a depender da estrutura do mercado, “a elevada escala pode transformar-se em delicado problema concorrencial, possibilitando a consolidação de posição dominante que, no futuro, não poderá ser contestada mesmo em caso de exercício abusivo.”³¹³ Trata-se de questão que será central no próximo capítulo.

³¹¹ FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

2.4.4 Considerações finais quanto ao método antitruste

As características do mercado de alta tecnologia levaram a que muitos comentadores questionassem a aplicação do direito antitruste à nova economia.³¹⁴ Para esses, o mercado seria tão dinâmico que um processo antitruste não acompanharia o tempo da evolução tecnológica. Definir adequadamente o mercado relevante – elemento essencial em qualquer processo antitruste – seria uma tarefa hercúlea, em que se deveria prever as tendências do mercado e observar fontes de pressão competitiva nada óbvias.³¹⁵ A não incorporação desses elementos, todavia, levaria a uma incorreta aplicação do direito da concorrência, que ao invés de buscar o bom funcionamento do mercado, o tornaria mais ineficiente.

Na realidade, a crítica à estaticidade do método antitruste é aplicável a todos os mercados, e não só às novas tecnologias. Definição de mercado relevante, participação de mercado, análise de entradas e rivalidades, eficiências: todas essas etapas são apenas roteiros metodológicos. “Longe de oferecerem parâmetros fixos para a análise ou de serem instrumentos hábeis a propiciar prognoses revestidas de caráter absoluto, tais guias apenas podem ter por finalidade conferir à análise concorrencial transparência e critérios mínimos de objetividade.”³¹⁶ A nova economia apenas potencializa a fragilidade desse método.

De qualquer forma, cumpre reconhecer a longa evolução que o direito antitruste passou. Ainda que adaptações sejam necessárias, os instrumentos de análise do direito antitruste são suficientemente desenvolvidos para assimilar as peculiaridades (não tão específicas, assim) da nova economia.³¹⁷ A dinamicidade da indústria não afasta o direito antitruste. Muito pelo contrário, exige dele um olhar mais apurado.³¹⁸ Concluindo, o método antitruste continua sendo perfeitamente válido para a nova economia, o que pode ter deixado de ser aplicável são certos reducionismos ou simplificações que eram corriqueiras na economia tradicional (o que não quer dizer que eram necessariamente legítimas).

O próximo capítulo buscará enfrentar aquele que possivelmente será o novo paradigma do direito antitruste na nova economia: as investigações concorrenciais em torno

³¹⁴ “It has been proposed that antitrust enforcement should adopt a “wait and see approach” in high-tech markets in order to see whether an alleged dynamic harm actually arises” SCOTT-MORTON, Fiona., *op. cit.*, p. 6

³¹⁵ “Economic science has not provided a way to make reliable and accurate predictions of this nature, nor even more general predictions concerning changes in market structure and levels of innovation. As with static-versus-dynamic welfare tradeoffs, in the absence of reliable knowledge or generally accepted theory, antitrust institutions wisely refrain from making predictions about the evolutionary path or competitive significance of innovations or new products generally or in any particular relevant market.” Ginsburg, p. 12

³¹⁶ FRAZÃO, Ana. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

³¹⁷ “I conclude that, as I said at the outset, existing antitrust doctrine is sufficiently supple, and sufficiently informed by economic theory, to cope effectively with the distinctive-seeming antitrust problems that the new economy presents.” POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, 8.

³¹⁸ SCOTT-MORTON, Fiona., *op. cit.*, p. 20.

do Google. Para tanto, não apenas será necessário rever o escopo do direito antitruste (o que foi feito no primeiro capítulo) de forma a assimilar todas as dimensões dos eventuais prejuízos que uma posição dominante de empresas detentoras de grande quantidade informações pode causar, mas também será preciso aplicar o método antitruste a partir das considerações feitas no presente capítulo.

3 Acesso a dados: problema concorrencial?

3.1 A era da informação

3.1.1 Big data: o poder da análise de dados

Fala-se, hoje, na era da Internet de Todas as Coisas (*Internet of Everything*). Trata-se de fenômeno relacionado à conexão entre pessoas e objetos, que tem o poder de transformar inúmeros aspectos da vida cotidiana.³¹⁹ Por meio da proliferação de aparelhos e sensores nos mais diversos objetos (aparelhos telefônicos, carros, edifícios),³²⁰ e de uma capacidade de transmissão e de processamento de dados sem precedentes, nunca se teve acesso a tanta informação sobre o ambiente em que o homem está inserido.³²¹

Essa capacidade de análise de dados permite novos poderes de previsão ao ser humano, transformando diferentes aspectos da vida moderna, de questões centrais, como segurança e saúde³²², a aspectos mais rotineiros, como processos de admissão em universidades, comércio eletrônico ou até relacionamento social.³²³

Talvez o melhor exemplo seja o das “cidades inteligentes”, em que pessoas, e diversas funcionalidades, desde sistemas de transporte, saneamento, segurança pública, semáforos estarão interconectados, tornando esses serviços mais eficientes.³²⁴

³¹⁹ Cf. EVANS, Dave. *The internet of everything*. How more relevant and valuable connections will change the world. Disponível em: http://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/innov/IoE.pdf. Acesso em: 19 fev. 2016.

³²⁰ “Even so, the growth of the Internet has been unprecedented (see Figure 1). Cisco estimates that there were about 200 million things connected to the Internet in the year 2000. Driven by advances in mobile technology and the “bring your own device” (BYOD) trend, among others, this number has increased to approximately 10 billion today, putting us squarely in the age of the Internet of Things (IoT). The next wave of dramatic Internet growth will come through the confluence of people, process, data, and things — the Internet of Everything (IoE).” BRADLEY, Joseph; BARBIER, Joel; HANDLER, Doug. *Embracing the Internet of Everything to capture your share of \$14.4 trillion*. Disponível em: http://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/innov/IoE_Economy.pdf. Acesso em: 19 fev. 2016, p. 2.

³²¹ “Every animate and inanimate object on earth will soon be generating data, including our homes, our cars, and yes, even our bodies.” RICHARDS, Neil; KING, Jonathan. Three Paradoxes of Big Data. *Stanford Law Review Online*, vol. 41, 2013, p. 41.

³²² “But Big Data methods are able to predict diabetes from a totally innocuous data set (including items like eating habits, drugstore visits, magazine subscriptions, and the like). And the analyst involved, whether inside or outside the firm, could easily mask the use of health-predictive information.” PASQUALE, Frank; CITRON, Danielle K. Promoting Innovation While Preventing Discrimination: Policy Goals for the Scored Society. *Washington Law Review*, vol. 89, pp. 1413-1424, 2014, p. 1421. Outro exemplo na área de saúde é apresentado por BRIAN, Sean. The unexamined life in the Era of Big Data: toward a UDAAP for data. *University of Utah College of Law Research Paper*, n. 128, 2015, p. 5: “In the medical field, machine learning was applied to create an algorithm that would identify cancerous cells within a biopsy.”

³²³ “These big data evangelists insist that data-driven decision-making can now give us better predictions in areas ranging from college admissions to dating to hiring. And it might one day help us better conserve precious resources, track and cure lethal diseases, and make our lives vastly safer and more efficient [...] recent revelations about the National Security Agency’s efforts to collect a database of all caller records suggest that big data may hold the answer to keeping us safe from terrorism as well.” RICHARDS, Neil; KING, Jonathan., *op. cit.*, p. 41.

³²⁴ “Em um futuro não muito distante, os sistemas de saneamento, iluminação, transporte e segurança estarão conectados à rede. Sensores irão identificar se o pedestre é portador de alguma necessidade especial e ampliar o tempo em que o semáforo ficará fechado. Cada cidadão poderá acessar, por meio de aplicativos de celular, uma série de dados que o ajudará a definir melhores rotas para chegar ao trabalho, desviar de congestionamentos e até mesmo achar vagas para estacionar. Será possível carregar seu celular por meio de energia solar no ponto do ônibus e até monitorar o consumo de água.” RIOS, Cristina. Cidades inteligentes criam nova economia. *Gazeta do Povo*, 2014. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/cidades-inteligentes-criam-nova-economia-ecck3bgfcbxovd3zy6zg7c3f2>. Acesso em: 19 fev. 2016.

Por trás dessa capacidade está o chamado *big data*, que se refere “aos conjuntos de dados cujo tamanho está além da capacidade de uma ferramenta tradicional de banco de dados capturar, armazenar, gerenciar e analisar, representando³²⁵ a próxima fronteira para inovação, concorrência e produtividade.”³²⁶

Big data é caracterizado pelos três “V”: volume, velocidade, e variedade.³²⁷ Para ter valor, não basta ser capaz de abarcar uma quantidade enorme de diferentes fontes de dados, mas é necessário ser capaz de processar tais dados em tempo real.³²⁸

A partir do cruzamento de diversos dados diferentes, o big data é capaz de encontrar diversas correlações (sem necessidade de apresentar qualquer relação de causalidade para tanto³²⁹) que podem ser difíceis de serem percebidas.

Uma análise que ficou conhecida foi a verificação de padrões de consumo em supermercados, no qual se verificou que quem adquiria fraldas também comprava, no mesmo ato, cerveja.³³⁰ A partir dessa verificação, permite-se que o estabelecimento disponha de maneiras alternativas seus produtos, com o intuito de estimular mais vendas, ou de atender melhor o consumidor. A análise de dados permite, assim, uma operação mais eficiente no mercado.³³¹

Dessa forma, o *big data* traz importantes melhoras aos indivíduos e às empresas.³³² Mas ao mesmo tempo traz novas dinâmicas de poder na sociedade, e, conseqüentemente, novos riscos e novas formas de abuso. Nessa difícil relação entre inovação e abusos, tratada no capítulo anterior, cabe ao operador do direito buscar coibir estes, sem prejudicar os incentivos àquele.

³²⁵ “Big data is an offspring of the computer revolution, which has blessed scientists with ever-more powerful computers and analytic tools, has transformed the way we communicate and interact, and has turned each cellphone-equipped one of us into a walking treasure trove of information.” POWELL, Alvin. Big data, massive potential. *Harvard Gazette*, 2015. Disponível em: <http://news.harvard.edu/gazette/story/2015/10/big-data-massive-potential/>. Acesso em: 22 fev. 2016.

³²⁶ BAGNOLI, Vicente., *op. cit.*, p.1.

³²⁷ “Generally, ‘big data’ refers to a collection of data sets so large and complex that traditional data- base systems cannot effectively manage or process the information. Information technology research company Gartner defines big data as “high-volume, high-velocity and high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing for enhanced insight and decision making.” As this widely-adopted ‘3V’ definition suggests, big data is not defined only by volume, but also by the complexity of the data (e.g., different types of structured or unstructured data, including text, image, audio, and video files) and the need for the data to be collected and analyzed rapidly.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill. Big Mistakes Regarding Big Data. *American Bar Association*, 2014, p. 2. STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 269, 2015, pp. 2-3, acrescenta, ainda, um quarto V: valor. “Big data is frequently characterized by four ‘Vs’: volume, velocity, variety, and value.”

³²⁸ “Big data can become stale quickly. Historical data can be analyzed for trends but has comparatively little value when used for real-time decisions, such as which ad to serve.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill., *op. cit.*, p. 4.

³²⁹ ZWITTER, Andrej. Big Data ethics. *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, n. 17, 2015, p. 2.

³³⁰ BRIAN, Sean., *op. cit.*, pp. 5-6

³³¹ “[C]ompanies in the top third of their industry in the use of data-driven decision making were, on average, 5% more productive and 6% more profitable than their competitors.” STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen., *op. cit.*, p. 3.

³³² “The ability to store and analyze enormous quantities of data—so-called big data—offers tremendous benefits to both individuals and businesses. Big data analysis has helped increase economic output, reduce crime, improve public health and safety, increase voter turnout, boost energy efficiency, improve weather forecasts, and enhance agricultural yields. The use of big data has become widespread.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill., *op. cit.*, p. 1.

3.1.2 Informação: a moeda da economia digital

A era do *big data* é movida pelo poder da informação. Não sem razão, informação é o combustível da nova economia.³³³ Ao mesmo tempo ela figura como mercadoria e como insumo.³³⁴ Obter informação é um fator crucial para o lançamento de novos produtos e o aperfeiçoamento dos já existentes. Com efeito, a coleta de novos e diversificados dados, e em quantidade volumosa, é uma questão central para se participar do mercado bilionário da internet de todas as coisas.³³⁵

Pode parecer curioso se falar em um mercado bilionário em que muitos produtos e serviços são oferecidos a preço zero.³³⁶ Companhias como Facebook e Google, cujo valor ultrapassa as centenas de bilhões de dólares, não cobram de seus usuários sequer um centavo para a utilização de seus serviços, bastando – quando muito – o preenchimento de um formulário na internet.³³⁷ Como isso é possível? Como uma empresa como Whatsapp que gerava uma receita irrisória é adquirida por mais de vinte bilhões de dólares pelo Facebook? Para se compreender essas questões, é necessário entender a importância da informação na lógica do mercado da era digital, sobretudo para essas plataformas digitais.

Primeiramente, é necessário entender o mercado de duas pontas que configura muitos desses mercados digitais.³³⁸ Muitas dessas plataformas não são apenas empresas de tecnologia, mas também funcionam, à semelhança de jornais e canais de televisão, como

³³³ SHELANSKI, Howard. Information, Innovation and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, 2013, pp. 1663-1705, p. 1678. BAGNOLI, Vicente., *op. cit.*: “[...]a única moeda aceita pelos provedores desses serviços são as informações pessoais do indivíduo.” Trata-se de ponto reconhecido pela nova chefe do departamento antitruste da Comissão Europeia, Margarethe Vestager: “*Personal data “is the new currency of the Internet,” Ms. Vestager told the Parliament’s influential Economic and Monetary Affairs Committee.*” KANTER, James. Antitrust Nominee in Europe promises scrutiny of big tech companies. *The New York Times*. Disponível em: http://bits.blogs.nytimes.com/2014/10/03/antitrust-nominee-in-europe-promises-eye-on-big-tech-companies/?_r=0. Acesso em: 14 fev. 2016. “*The digital economy is marked by strong, dynamic growth, a high turnover of new services, market concentration involving a few overwhelmingly dominant players, and an ever greater imbalance between big companies on the one side, and SMEs and individual users on the other side. This growth has been accompanied, in all sectors of the economy, by an exponential rise in the value of data and advances in data mining and analytics and a massive increase in computing power and data storage capacity.*” UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data, 2014, p. 8.

³³⁴ OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 131.

³³⁵ “*In other words, between 2013 and 2022, \$14.4 trillion of value (net profit) will be ‘up for grabs’ for enterprises globally — driven by IoE. IoE will both create new value and redistribute (migrate) value among winners and laggards, based on how well companies take advantage of the opportunities presented by IoE. Those that harness IoE best will reap this value in either of two ways): by capturing new value created from technology innovation; by gaining competitive advantage and grabbing market share against other companies less able to transform and capitalize on the IoE market transition.*” BRADLEY, Joseph; BARBIER, Joel; HANDLER, Doug., *op. cit.*, p. 3.

³³⁶ “*One particularly striking—and under-researched—consequence of the digital revolution is the rise to prominence of firms offering goods and services at zero prices.*” NEWMAN, John., *op. cit.*, p. 43.

³³⁷ “*With few exceptions, a user can sign up for an account and receive content and services without providing anything more than the credentials they wish to use at the site. Yet the companies that provide these services are valued in the billions of dollars. Users have a vague sense that Facebook, Google, and other Internet companies make money through advertising, and indeed the sheer number of users is a big factor in attracting advertisers, but this is only a small part of the picture. The other, and perhaps even more valuable, source of revenue is the data that these companies collect about users’ preferences and demographics. In sum, data has become the currency of the Internet.*” BRIAN, Sean., *op. cit.*, p. 1.

³³⁸ “*A second common business form involving zero prices is the multisided platform. Multisided markets comprise multiple distinct groups of customers who interact with one another via a platform, which sits astride the market and (for a fee) performs the function of bringing the customer groups together. In a multisided platform market, at least one of the customer groups positively values the presence of the other.*” Newman, *op. cit.*, pp.6-7.

companhias de mídia.³³⁹ Nesse sentido, anunciantes de publicidade subsidiam grande parte – se não completamente – dos custos referentes à oferta de seus serviços, sejam eles redes sociais, buscadores ou qualquer outro aplicativo.³⁴⁰⁻³⁴¹ Até aí não há diferença substancial a outros mercados de duas pontas. Mas o que leva a informação ter uma importância especial na nova economia?

Para responder a essa questão é necessário reconhecer o caráter dinâmico da relação de uso dessas plataformas. Ao contrário de jornais ou canais de televisão em que as companhias e, sobretudo, os anunciantes não tem controle sobre as preferências de seus usuários e seus produtos não permitem ser individualmente customizados, plataformas digitais são um sofisticado aparelho de captação de dados que permite uma relação dinâmica com os usuários.³⁴²

Não só elas possuem acesso mais amplo a informações do que os típicos provedores de serviços e produtos da economia tradicional, como também estão melhor situados para processar e usar esses dados para uma infinidade de propósitos.³⁴³ Justamente aqui que entra a especificidade da nova economia: em mercados digitais, a plataforma consegue interagir com o usuário, conhecendo suas preferências e interesses. Nesse sentido, conseguem ofertar propagandas melhor direcionadas aos consumidores, com base em seus padrões de renda, hábitos, interesses, viagens, deslocamentos, residência, profissão, relacionamentos – o que aumenta a chance de que o usuário exposto à propaganda efetue uma compra.³⁴⁴

Dessa forma, em troca da oferta de produtos a preço zero, consumidores pagam não só com sua atenção – “moeda” também paga em outras formas de mídia –, mas também

³³⁹ “The value and importance of consumer data to e-commerce and the Internet ecosystem is widely understood. As a threshold matter, it is a key input to vigorous online competition. Many of the most prominent digital businesses are platforms, similar to newspapers or credit card networks, whose main function is to intermediate between different groups of customers, often including individual consumers and advertisers. [...] The data collected by electronic platforms can take several forms, including ‘volunteered data’ shared intentionally by consumers, ‘observed data’ obtained by recording consumer actions online, and ‘inferred data’ derived from analyzing volunteered and observed data.” OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, pp. 130-131.

³⁴⁰ “While not self-evident, Facebook, Google, Twitter, and many other online services in which user data are important (and user privacy may be an issue) are not just technology companies—they are media companies [...] As with traditional media, advertisers subsidize the cost of producing and distributing the product—whether that product is a search engine, a social network, a platform for user-generated travel reviews, user-generated videos, or some other application—and advertising dollars account for most of the revenues.” STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen., *op. cit.*, p. 6.

³⁴¹ “Selling viewers’ attention has always been an attractive way to support information provision. Commercials support broadcast TV, and advertisement is often the primary revenue source for magazines and newspapers.” SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 208

³⁴² “Unlike the old broadcast model of simply exchanging programming content for (an easily avoided) obligation to watch commercials, the new online data collectors enjoy far greater powers to monitor the behavior and actions of users and to influence their online experience and reputation. The skillful use of that data is a large part of the success of online behemoths and is increasingly driving decisionmaking at companies ranging from banks to retailers.” PASQUALE, Frank; CITRON, Danielle., *op. cit.*, p. 1414.

³⁴³ NEWMAN, John., *op. cit.*, p. 15.

³⁴⁴ “Both individualized and aggregate data allows marketers to target their advertisements, reducing the cost to the company as well as the annoyance to the potential consumer. [...] Data allows marketing to work more efficiently for all parties.” BRIAN, Sean., *op. cit.*, pp. 8-9.

com suas informações.³⁴⁵⁻³⁴⁶ A monetização dessas informações, com seu direcionamento para a publicidade, é o que permite a contínua oferta de novos e melhores produtos na era digital.³⁴⁷

Com dados mais diversificados e precisos, plataformas conseguem aperfeiçoar seus produtos, no que pode representar um importante – e estratégico – efeito de rede: quanto mais usuários, mais dados; quanto mais dados, melhor capacidade de sistemas de direcionamento de publicidade e, conseqüentemente, mais anunciantes; quanto mais anunciantes, mais recursos para investimento em novas funcionalidades da plataforma estarão disponíveis, aumentando o valor da plataforma e atraindo novos usuários.³⁴⁸

Essa característica leva a crescentes formas de obtenção de dados, seja pela criação de novos produtos, seja pela realização de aquisições de negócios já montados para obter sinergias entre os dados. A procura em aproveitar esses possíveis efeitos de rede é um importante fator competitivo da economia moderna.³⁴⁹ O retorno para aqueles que conseguirem obter a maior base de usuários e de dados pode ser expressivo.³⁵⁰

Nesse sentido, pode-se dizer que a informação atende a diversos propósitos na nova economia: (i) é uma fonte de efeitos de rede, que auxiliam à plataforma manter a dominância; (ii) representa um bem valioso em si, podendo ser comercializado a terceiros que querem usá-las estrategicamente; (iii) é um insumo para a oferta de seus serviços.³⁵¹

Uma poderosa indústria está surgindo para explorá-la, na forma de aquisição, análise e combinação de dados. Mas essa concentração de dados não tem ficado imune a

³⁴⁵ “For consumers in many zero-price markets, money is replaced by attention—these consumers literally ‘pay attention’. Where advertisements are unsolicited, consumers exchange their attention to those advertisements. And because such attention costs are also the media of exchange, transactions involving them allow for economic gains from trade. These attention costs are market-signaling.” NEWMAN, John., *op. cit.*, 21. “The internet, a hybrid between a broadcast medium and a point-to-point medium, offers exciting new potentials for matching up customers and suppliers. The Net allows information vendors to move from the conventional broadcast form of advertising to one to one marketing.” SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal., *op. cit.*, pos. 208.

³⁴⁶ “Customers frequently surrender information as payment in exchange for access to zero-price products like online email, search, social-networking, and creative-content services. This personal information serves as a form of currency, taking the place of money.” NEWMAN, John., *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁷ “This monetized data in turn supports consumer access to an ever-expanding selection of free, high-quality services and content, such as online search, email, maps, and streaming video, much of which was previously available only for a substantial fee.” OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 132.

³⁴⁸ As conseqüências concorrenciais desse possível efeito de rede serão estudadas em maiores detalhes mais adiante.

³⁴⁹ “As big data and its levers become an increasingly valuable asset, their intelligent exploitation will be critical for enterprises to compete effectively. We already see organizations that understand and embrace the use of big data pulling ahead of their peers in tangible corporate performance measures. The use of big data will become a key basis of competition across sectors, so it is imperative that organizational leaders begin to incorporate big data into their business plans.” MANYIKA, James *et al.* Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity. McKinsey Global Institute, 2011, p. 111.

³⁵⁰ “Cisco believes the competitive dynamics of the next decade will fundamentally be shaped by organizations’ efforts to harness network effects through the new (and deeper) connections afforded by IoE. In fact, a core construct of IoE in the context of a “connections economy” is that value will accrue to those who best foster, embody, and exploit network effects.” EVANS, Dave., *op. cit.*, p. 5.

³⁵¹ “In zero-price markets, customer information can serve multiple functions. It can inform procompetitive behavior; it can also enable anticompetitive exclusionary practices. It can be the source of indirect network externalities, which in turn can cause a market to tip in favor of a dominant firm. And information can be a valuable and tradable good: it can be sold to (or used by) firms that wish to use it strategically, use it internally as an input for production, or use it to target certain customers with advertisements.” NEWMAN, John., *op. cit.*, p. 15.

críticas. Qual a implicação dessa concentração para o bem-estar do consumidor? Qual o papel do direito antitruste nessa discussão?

3.2 Poder Econômico, Privacidade e o Consumidor

3.2.1 Os riscos da concentração de poder: *essential facility* e discriminação

3.2.1.1 Facilidade essencial econômica

Na discussão em torno das repercussões da concentração de dados, o Google ocupa posição destacada. Tendo surgido como um buscador na Internet, não tardou para que, com sua tecnologia – em especial o *PageRank* como forma de calcular a importância de uma página na internet³⁵² – superior ao que então existia, a plataforma dominasse o mercado de buscadores online. Após conseguir monetizar a sua plataforma, por meio da publicidade, a companhia cresceu tremendamente, passando a oferecer uma multiplicidade de serviços.

Após IBM e Microsoft, o Google parece ser a mais nova empresa dominante de alta tecnologia a passar pelo escrutínio de autoridades de defesa da concorrência. No que diz respeito ao controle preventivo do poder de mercado, a companhia tem despertado o interesse das autoridades antitruste em face de diversas de suas aquisições, como a aquisição do DoubleClick ou do ITA. No controle repressivo do poder econômico, o Google é objeto de diversas investigações, especialmente na Europa e no Brasil³⁵³. Nos Estados Unidos a companhia tem sido objeto de diversas lides privadas, mas o país ainda não observou um grande movimento de suas autoridades de defesa da concorrência (DoJ e FTC) para investigá-la.³⁵⁴

Entre as condutas apuradas, destaca-se a suposta falta de neutralidade de seu buscador, que favoreceria resultados do próprio Google, especialmente em caso de

³⁵² “Google’s products – whether organic or paid – are built on its innovative PageRank method, an algorithm developed by Larry Page and Sergey Brin, who founded Google. Similar ranking systems are now used on most search engines. Page Rank remains an essential part of Google’s search business, but it is embedded within a complex set of additional innovations, some of which facilitate the sale of search results to advertisers.” MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p. 23.

³⁵³ É o caso dos Processos Administrativos n. 08012.010483/2011-94; 08700.009082/2012-03; 08700.005694/2013-19.

³⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices. 2013. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103/googlesearchstmtofcomm.pdf. Acesso em: 02 fev. 2016.

comparadores de preço (como o Google Shopping)³⁵⁵, em detrimento de soluções concorrentes. O Google, alega-se, seria um intermediador necessário para a internet, uma facilidade essencial para que, de um lado, o usuário conheça e explore a rede mundial de computadores, e, do outro lado, para que sítios eletrônicos sobrevivam no mundo virtual, a partir do direcionamento de usuários. Por essa análise o Google funcionaria como uma espécie de *essential facility*, em que, sendo o agente proprietário de uma facilidade considerada essencial, teria o dever de compartilhar essa infraestrutura com seus concorrentes, pois, caso contrário, estaria fechando o mercado a estes.

As implicações da tese de facilidade essencial também pode ser vista em sede de atos de concentração, como na análise da operação Google/ITA. A ITA era o maior provedor de serviços de precificação, agendamento e verificação de disponibilidade de assentos a sítios eletrônicos de viagens, como Kayak, Expedia ou Orbitz. O Google, pretendendo entrar nesse mercado de viagens, teria incentivos para impedir o acesso ao sistema da ITA.³⁵⁶ O risco se faria presente porque não haveria substituto adequado ao sistema QPX, da ITA. Sites de compras de passagens online, assim, teriam uma maior dificuldade de competir com o produto do Google.

O caso da *essential facility* é construído a partir de diversas e complexas premissas que precisam ser verificadas. Existiria uma obrigação do Google em apresentar resultados a páginas que não são do seu grupo (ao menos em posição de destaque)? Limitar o acesso a essas páginas pelo Google implica fechar o acesso delas ao mercado? Os usuários não podem simplesmente acessá-las diretamente por seu navegador? A “migração para o *mobile*”, em que diversos sítios eletrônicos estão criando aplicativos para serem acessados diretamente do *smartphone*, não tornaria desnecessário o uso de um buscador ou mesmo de um navegador?

Ademais, não se pode perder de vista que, em se tratando de mercados de duas pontas, essas questões ganham maior complexidade. Favorecer seus produtos em tais

³⁵⁵ “The Statement of Objections alleges that Google treats and has treated more favourably, in its general search results pages, Google’s own comparison shopping service “Google Shopping” and its predecessor service “Google Product Search” compared to rival comparison shopping services. Google’s conduct may therefore artificially divert traffic from rival comparison shopping services and hinder their ability to compete, to the detriment of consumers, as well as stifling innovation.” UNIÃO EUROPÉIA. Comissão Europeia. Antitrust: Commission sends statement of objections to Google on comparison shopping services. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm. Acesso em: 12 fev. 2016.

³⁵⁶ “The acquisition of ITA by Google is likely to lessen competition substantially in the market for comparative flight search services in the United States. After acquiring ITA, Google intends to use QPX as the back-end technology for its forthcoming comparative flight search services. Google’s travel service will compete with OTIs. As Google has recognized, QPX is a unique P&S system because it has superior features that cannot be quickly replaced or replicated. After acquiring QPX, Google will have the ability and incentive to foreclose competing OTIs’ access to QPX and thereby weaken the ability of its rivals to compete.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. *United States vs. Google Inc. and ITA Software, Inc.* Disponível em: <http://www.justice.gov/file/497686/download>. Acesso em: 21 fev. 2016, p. 10.

mercados pode ser a forma da plataforma ser remunerada por seus serviços, sobretudo quando seu produto principal (buscador) é oferecido gratuitamente.

Apenas após uma detida análise dessas e de outras questões é que se poderá concluir sobre eventual ilicitude de tais práticas. Tarefa que escapa ao propósito do presente trabalho. Por ora, cumpre apenas ressaltar a capacidade, teórica, de se excluir competidores a partir da manipulação do fluxo de dados.

3.2.1.2 A facilidade essencial social e política

O risco tratado acima tem despertado a atenção para outras implicações que a manipulação de infraestrutura de dados pode trazer, especialmente de ordem político-cultural. Trata-se de literatura crescente e que aponta para os riscos sobre a autonomia individual decorrentes da dominância de áreas estratégicas da internet.³⁵⁷ Por meio da manipulação de dados, empresas poderiam direcionar as escolhas privadas: onde ou o que comprar, o que assistir, o que pensar.³⁵⁸ Assim, ao mesmo tempo em que busca identificar padrões, o *big data* pode também ameaçar a identidade individual.³⁵⁹

No caso de buscadores, por exemplo, aponta-se o risco de que a ordem dos resultados, anunciadas como se correspondessem à relevância das páginas, seja enviesada por questões comerciais.³⁶⁰ Ao se fazer uma pesquisa, por exemplo, sobre qual é o melhor restaurante de determinada localidade, a resposta indicada pode representar nada além de um restaurante que paga um preço para ser anunciado no buscador como o primeiro resultado.

³⁵⁷ No caso do Google, por exemplo, cf. FAIR SEARCH., *op. cit.*, p.1: “Search engines are among the most critical actors on the Internet. With more than one trillion webpages on the Internet and more appearing every day, search is the principal means by which consumers find online businesses and online businesses find consumers amidst an otherwise crowded and confusing landscape.” “Whatever the current state of First Amendment doctrine, a regime of total surveillance undermines the free development of personality upon which free expression depends. The power to watch is the power to attack, embarrass, and destroy reputations. As Professor Daniel J. Solove shows, privacy is not just a problem of concealing isolated facts. Of great concern is the collection and analysis of a critical mass of data. Our lives are starting to become an open book for those powerful or rich enough to score our profiles.” PASQUALE, Frank; CITRON, Danielle., *op. cit.*, p. 1419.

³⁵⁸ “The techniques of Big Data have important contributions to make to the scientific enterprise and to social welfare, but as engines of truth production about human subjects they deserve a long, hard second look.” COHEN, Julie. What is privacy for. *Harvard Law Review*, vol. 126, pp. 1904-1933, 2013, p. 1919.

³⁵⁹ “Big data seeks to identify, but it also threatens identity [...] Whereas the important right to privacy harkens from the right to be left alone, the right to identity originates from the right to free choice about who we are.” RICHARDS, Neil; KING, Jonathan., *op. cit.*, p. 43. Continuam os autores: “How will our right to identity, our right to say ‘I am’, fare in the big data era? With even the most basic access to a combination of big data pools like phone records, surfing history, buying history, social networking posts, and others, ‘I am’ and ‘I like’ risk becoming ‘you are’ and ‘you will like’. Every Google user is already influenced by big-data-fed feedback loops from Google’s tailored search results, which risk producing individual and collective echo chambers of thought.”

³⁶⁰ “Google has conditioned users to expect that its search results are presented in the order of their likely relevance. In reality, Google’s search results are far from neutral.” FAIR SEARCH., *op. cit.*, p.19.

A mesma preocupação pode ser aplicada a diversos outros serviços. Alega-se que o Netflix, por exemplo, tem gerado produções com base em análise de *big data*, em que busca analisar as combinações preferidas de seus usuários para lançar novos programas.³⁶¹

Guardando íntima relação com a preocupação do final do século XIX quanto à ameaça ao regime democrático da concentração de poder em mãos privadas³⁶², aponta-se para os riscos de manipulação das preferências individuais. Essa tese entende que certas plataformas apresentam uma capacidade de influência política e social enorme. Seriam, assim, uma espécie de “*essential cultural and political facility*.”³⁶³

Trata-se de tese provocativa e complicada de ser enfrentada, pois envolve aspectos técnicos (em relação aos algoritmos das plataformas digitais) e a imagem da própria internet. Questionável, ainda, se essa manipulação de dados necessariamente é prejudicial ao consumidor. O uso de dados quantitativos (*big data*) para auxiliar a criação de novos produtos pode ser algo positivo. Afinal, estar-se-ia buscando atender nada além da preferência manifestada pelo consumidor.

O mesmo pode ser aplicado aos resultados de um buscador. Muitas pesquisas são extremamente subjetivas, como o exemplo dado da procura de restaurantes demonstra, pelo que é difícil se dizer que existe uma ordem natural de resultados a serem apresentados. Sobretudo considerando que apenas um resultado pode aparecer no topo – a área nobre de um buscador. É difícil dizer, pois, que o consumidor é prejudicado em tais circunstâncias: se ele não está satisfeito com um resultado, poderá continuar a procurar outros resultados até se dar por satisfeito.

Ainda que possa não ser um problema concorrencial em si, essa preocupação não pode escapar do escopo do direito antitruste. Assegurar a existência de alternativas, de opções para que o consumidor manifeste sua preferência parece ser essencial para se escapar dos riscos da dominação privada sobre a individualidade do sujeito. Nisso, não há dúvidas, o direito concorrencial desempenha um importante papel.

³⁶¹ Cf. LEONARD, Andrew. *How netflix is turning viewers into puppets*. Disponível em: http://www.salon.com/2013/02/01/how_netflix_is_turning_viewers_into_puppets/. Acesso em: 19 set. 2015.

³⁶² “A third critique of the merger is that it will lead to undue concentration of economic power. Sen. Kohl, chairman of the recent Senate hearing, stated, ‘Some commentators believe that antitrust policymakers should not be concerned with these fundamental issues of privacy, and merely be content to limit their review to traditional questions of effects on advertising rates. We disagree. The antitrust laws were written more than a century ago out of a concern with the effects of undue concentrations of economic power for our society as a whole, and not just merely their effects on consumers’ pocketbooks. No one concerned with antitrust policy should stand idly by if industry consolidation jeopardizes the vital privacy interests of our citizens so essential to our democracy.’” SWIRE, Peter., *op. cit.*, p. 3.

³⁶³ PASQUALE, Frank. Dominant search engines: an essential cultural & political facility. In: SZOKA, Berin; MARCUS, Adam. *The next digital decade*. Essays on the future of the Internet. Washington: Tech Freedom, 2010, pp. 401 - 418. Disponível em: <http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/The-Next-Digital-Decade-Essays-on-the-Future-of-the-Internet.pdf> p. 401. Acesso em: 19 fev. 2016.

3.2.1.3 Discriminação

Além dos riscos à autonomia individual, ou mesmo à livre concorrência, outra preocupação que tem ganhado amplo espaço com a concentração de poder econômico e de informações é o risco de condutas discriminatórias.

Big data traz, naturalmente, preocupações para grupos que foram historicamente vítimas de discriminação. Dada a existência de centenas de variáveis, é fácil imaginar que modelos estatísticos possam ser usados para esconder formas mais explícitas de discriminação ao gerar segmentos de usuários que são diretamente relacionados a raça, sexo, etnia ou religião.³⁶⁴

Tem crescido, assim, preocupações quanto à utilização de dados para se excluir indivíduos de certas oportunidades, como emprego, serviços de saúde, educação.³⁶⁵ Trata-se de problema sensível, e que extrapola o direito antitruste. Suas ferramentas, por exemplo, podem não ser capazes de criar estruturas que evitem essas práticas. A existência de mais ou de menos concorrência não parece afetar, diretamente, a forma que prestadores de serviços tomarão suas decisões. Mesmo a detenção de uma base de dados pequena pode ser usada para fundamentar atos discriminatórios. Para esse problema, o direito antitruste parece ter pouco a contribuir.

Outra dimensão do problema, e que se pretende focar, refere-se aos riscos de que a detenção de muitos dados possa facilitar a discriminação de preço.³⁶⁶ Discriminação de preços consiste na prática de cobrar preços diferentes por diferentes unidades de um mesmo produto. A teoria econômica costuma classificar a discriminação de preços em três tipos: (i) de primeiro grau ou discriminação perfeita de preços, caso em que cada unidade do bem é vendida à pessoa que lhe atribui maior valor e ao preço máximo que esta pessoa está disposta a pagar por ele (preço de reserva); (ii) de segundo grau ou fixação não-linear de preços que consiste na diferenciação de preços de acordo com a quantidade comprada pelo consumidor; e (iii) de terceiro grau, em que os preços são diferenciados de acordo com o grupo ao qual o cliente pertence.³⁶⁷

³⁶⁴ Tradução livre de: “Big data naturally raises concerns among groups that have historically been victims of discrimination. Given hundreds of variables to choose from, it is easy to imagine that statistical models could be used to hide more explicit forms of discrimination by generating customer segments that are closely correlated with race, gender, ethnicity, or religion.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President of the United States. *Big data and differential pricing*, 2015, p. 16.

³⁶⁵ PASQUALE, Frank; CITRON, Danielle., *op. cit.*, p. 1421: “Without mandating privacy- respecting innovation, new technology can be abused in order to hide (and ultimately promote) discrimination, rather than to promote truly productive innovation.” Cf. também .” RICHARDS, Neil; KING, Jonathan., *op. cit.*, p. 44: “Taking it further, by applying advances in personal genomics to academic and career screening, the dystopian future portrayed in the movie *Gattaca* might not be that outlandish [...] The power of big data is thus the power to use information to nudge, to persuade, to influence, and even to restrict our identities.”

³⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President of the United States. *Big data and differential pricing*, 2015.

³⁶⁷ VARIAN, Hal. *Microeconomia*. Princípios Básicos. Tradução da 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 477.

Até recentemente a literatura costumava dar maior ênfase às práticas de discriminação de preços de segundo e terceiro graus, enquanto a discriminação perfeita era tratada como um caso raro. Isto porque supunha-se impraticável obter informações razoáveis com relação a propensão a pagar a nível individual.³⁶⁸ Entretanto, a disseminação do acesso à internet por meio de suas distintas plataformas de tecnologia da informação não somente propiciou o surgimento de ampla gama de novas fontes e categorias de dados, como também reduziu o custo de acesso a este tipo de informação, tornando factível discriminar preços a nível individual.

A discriminação de preço é uma conduta controvertida concorrencialmente, que não necessariamente leva a uma deterioração do bem-estar social.³⁶⁹ A discriminação de preço pode ser pró-competitiva, incentivando entradas, acumulação de recursos para investimento em inovação e até mesmo a expansão da oferta de produtos.³⁷⁰ As dúvidas surgem quando se avalia as transferências de riqueza envolvidas. Se o foco da análise for a eficiência econômica, a transferência de valor do consumidor menos sensível a preço para o produtor não será considerada um problema. Mas caso se foque a análise apenas no bem-estar do consumidor, é possível que a prática represente um sério problema.

A questão se torna ainda mais complexa quando se considera que o acesso a dados pode ser insumo essencial para o desenvolvimento de produtos melhores, de forma a atender às preferências do consumidor. Assim, intervir na capacidade de acesso a dados pode parecer remédio drástico, uma vez que essa limitação alterará muito mais do que a (virtual) capacidade de discriminação de preços de uma companhia, afetando sua própria capacidade de inovar e de melhorar seus produtos, ou mesmo de sobreviver no mercado.

Mas essa constatação não significa dizer que o direito antitruste não é apto para contribuir à questão. Na realidade, a regulação estrutural do mercado parece ganhar especial importância para o desempenho dessa função, mais do que soluções comportamentais. Garantir a existência de efetiva concorrência no mercado dificulta a prática de condutas

³⁶⁸SHILLER, Benjamin Reed. *First Degree Price Discrimination Using Big Data*. Disponível em: http://benjaminshiller.com/images/First_Degree_PD_Using_Big_Data_Jan_27_2014.pdf. Acesso em: 21 fev. 2016, p.2.

³⁶⁹“*The preceding pages have argued that price discrimination is an important element in competition as well as regulation and does not deserve the suspicion with which many continue to view it. Some review may be in order to put price discrimination in what we regard as the appropriate context.*” GIFFORD, Daniel; KUDRLE, Robert. *The law and economics of price discrimination in modern economies: time for reconciliation?* *University of Minnesota Law School Legal Studies Research paper Series*, n. 21, 2008, p. 42.

³⁷⁰“*Economists have studied differential pricing for years, and while big data seems poised to revolutionize pricing in practice, it has not altered the underlying principles. In particular, value-based pricing generally benefits sellers who earn more profit and buyers who would otherwise be priced out of the market, at the expense of less price-sensitive customers who end up paying a higher price. Risk-based pricing favors the least costly customers, as opposed to the most price-sensitive but can produce similar market-expanding benefits in the presence of adverse selection and may also discourage excessive risk-taking in some settings, although it can raise serious fairness concerns in others. Competition, collective purchasing, and arbitrage can all limit sellers’ ability to implement differential pricing.*” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President of the United States. *Big data and differential pricing*, 2015, p. 19.

discriminatórias, uma vez que permite que o consumidor possa verificar fontes alternativas de produtos e serviços, escapando à discriminação de preços.

De qualquer forma, parece ser ainda cedo para se estudar essa tese em maior profundidade. A evidência empírica mostra que, embora haja virtuais possibilidades de elevação de receitas ao empregar big data para promover discriminação de preços, esta ainda não é uma prática comum.³⁷¹

3.2.2 Acesso a dados e Privacidade

Apenas recentemente alçado a direito fundamental³⁷², o direito à privacidade³⁷³ se refere ao direito do indivíduo de escolher que dados de sua vida íntima podem ser levados a público. Refere-se, assim, ao controle das informações e dos dados sobre a vida da pessoa.³⁷⁴ Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal,

O acúmulo e as possibilidades de obtenção/divulgação de dados a respeito de todos e de cada pessoa já não parecem compatíveis com o direito consubstanciado na fala de atriz famosa: ‘I want to be alone’. Teve êxito. Hoje, a dificuldade em ser deixado em paz, respeitado o desejo de ficar só com os seus dados, controlando o que quer, pretende e aceita seja posto a público, ou, na fórmula camoniana, ser deixada posta em sossego, esbarra na quase ganância pelos dados que circulam, como fatos, fotos, versões e até inversões sem controle.³⁷⁵

No que se iniciou como forma de resguardo do indivíduo face ao poder público, o direito à privacidade não tardou a incorporar riscos oriundos da sociedade civil.³⁷⁶ Já em 1890, Samuel Warren e Louis Brandeis alertavam para a ameaça que o direito à privacidade poderia sofrer de indivíduos e empresas; risco esse cada vez maior com o surgimento de novos inventos e negócios. Surgia, assim, o direito à privacidade do consumidor.³⁷⁷

³⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Executive Office of the President of the United States. *Big data and differential pricing*, 2015, p. 10.

³⁷² Constituição Federal, art. 5º, inciso X: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

³⁷³ “Toma-se, pois, a privacidade como ‘o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito’. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, ‘abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.” SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

³⁷⁴ “A privacidade contrapõe-se à publicidade, constitui o que não se dá a público, por escolha de espaço próprio do controle das informações e dos dados sobre a vida da pessoa.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 10 jun. 2015.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ “From its roots as a way to safeguard the individual’s liberty vis-a-vis the government, the concept grew to include private actors as early as 1782, when Congress passed a law prohibiting the opening of mail.” OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexandre, *op. cit.*, p. 124.

³⁷⁷ Os autores são considerados um dos fundadores do direito à privacidade moderno no *common law*. Cf. SOLOVE, Daniel; SCHWARTZ, Paul. *Information Privacy Law*. 4ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 10.

À época em que escreviam, os autores alertavam para os riscos à privacidade que o jornalismo crescente e a invenção da máquina de fotografia instantânea poderiam provocar:

Recentes invenções e modelos de negócio chamam a atenção para o próximo passo que deve ser tomado para a proteção do indivíduo e para a proteção daquilo que o Juiz Cooley chama de direito de ser deixado em paz. Fotografias instantâneas e o jornalismo invadiram os recintos sagrados da vida privada e doméstica; e números dispositivos mecânicos ameaçam tornar real a previsão de que o que é sussurrado no armário deve ser proclamado abertamente. Há anos existe um sentimento que o direito deve oferecer algum remédio para a circulação não-autorizada de fotografias de indivíduos; e o malefício da invasão de privacidade por jornais, há tempos sentidos, mas apenas recentemente discutido por um autor hábil.³⁷⁸

Hoje, com a internet³⁷⁹ de todas as coisas, em que cada detalhe da vida privada gera um dado, as possibilidades de violação são ainda maiores. Provedores de serviços têm acesso a dezenas de informações privadas: localização, pensamentos, imagens, compras, interesses, mensagens.³⁸⁰ O uso comercial de tais dados pode ser indesejado, causando prejuízos aos indivíduos que têm suas informações devassadas.³⁸¹

Mas se é verdade que as possibilidades de invasão de privacidade são crescentes, também é verdade que a esfera de proteção do direito à privacidade está sujeita a transformações.³⁸² Indivíduos, cada vez mais, expõem abertamente no mundo digital sua intimidade. Assim, ao mesmo tempo em que “há quem busque o direito de se manter em

³⁷⁸Tradução livre de: “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be let alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops. For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; and the evil of the invasion of privacy by the newspapers, long keenly felt, has been but recently discussed by an able writer.” WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. Right to Privacy, *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5, 1890, p. 195.

³⁷⁹ “The technology encroaching on privacy now is, of course, the Internet—or, to be more precise, the technologies that permit the tracking and aggregation of individual consumers’ online behavior and that support the many services that financially sustain the broader Internet ecosystem. These technologies also facilitate the advent of “big data”—a term used to describe the collection, storage, and analysis of datasets that have large volume, significant variety, and high velocity, sometimes fed by the melding of online and offline data.” OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 121.

³⁸⁰ “Beginning in the 1990s and accelerating more recently, privacy concerns have grown along with a new wave of technology that further facilitates the collection and use of data about consumers. Once again, new technologies, most notably the Internet, have made information about individual consumers more accessible but also more commercially valuable.” OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 130. Cf. também SOLOVE, Daniel; SCHWARTZ, Paul., *op. cit.*, p. 2: “[I]n today’s Information Age, privacy is an issue of paramount significance for freedom, democracy, and security. One of the central issues of information privacy concerns the power of commercial and government entities over individual autonomy and decision making.”

³⁸¹ Em caso que ficou conhecido nos Estados Unidos, a rede varejista Target enviou, com base nas pesquisas de produtos realizadas por uma adolescente, cupons de descontos para produtos de bebês antes mesmo que seus pais soubessem da gravidez. BRIAN, Sean., *op. cit.*, p. 6.

³⁸² “Privacy and security are highly subjective values that are constantly reshaped as societal attitudes adjust to new cultural and technological realities.” KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam., *op. cit.*, p. 10.

sosego e no controle das informações pessoais; [...] há os que busquem mostrar-se e difundir incessantemente informações sobre si.”³⁸³

Independentemente do desejo de maior exposição social, como direito de controle de suas informações, para a concretização do direito à privacidade é essencial que o indivíduo saiba exatamente o que, com quem e para que finalidade suas informações privadas estão sendo usadas. Sem essa devida informação, difícil se falar em controle de dados pessoais e em compartilhamento consentido de dados. Justamente aí aparecem os principais desafios regulatórios da nova economia.

3.2.2.1 Privacidade como problema concorrencial

Até onde se foi possível verificar,³⁸⁴ a procura por incluir questões de privacidade à análise antitruste remonta a 2007, quando do exame, nos Estados Unidos, da aquisição do DoubleClick pelo Google. Conforme havia sido exposto por Marc Rotenberg, presidente da Electronic Privacy Information Center - EPIC, em manifestação ao Senado americano contra essa operação, em sendo o direito à privacidade um direito fundamental, autoridades antitruste não poderiam ficar alheias a situações que ameaçariam esse direito. Rotenberg clamava, assim, que, ou o FTC devia estabelecer salvaguardas substanciais à privacidade por meio de um remédio antitruste, ou a operação entre o Google e o DoubleClick deveria ser reprovada.³⁸⁵

Com efeito, diversos integrantes da sociedade civil levantaram preocupações com a integração da base de dados das duas companhias e à crescente capacidade que o Google teria para monitorar o comportamento dos usuários, mesmo fora de sua plataforma. Na análise concorrencial, as autoridades internacionais se limitaram a verificar se a operação impediria

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 10 jun. 2015. Que continua: “A segunda [observação] respeita à esfera de sua definição, que não é a mesma para todos, pois o maior ou menor resguardo de espaço indepassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se de acordo com a escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que a) componha, ou não, os quadros de agentes das instituições estatais, sujeitas estas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; b) promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; ou c) extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento, com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido.”

³⁸⁴ MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. *TPRC Conference Paper*, 2014, p. 2.

³⁸⁵ “It is our view that unless the Commission establishes substantial privacy safeguards by means of a consent decree, Google’s proposed acquisition of Doubleclick should be blocked.” ROTENBERG, Marc. *Hearing on: An examination of the Google-DoubleClick merger and the online advertising industry*. What are the risks for competition and privacy. Disponível em: <http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Rotenberg%20Testimony%2009272007.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

significativamente a competição no mercado, não adentrando questões específicas de deterioração do bem-estar do consumidor em decorrência da perda de privacidade.³⁸⁶

No Brasil, a discussão foi levantada em 2011, quando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica analisou um acordo entre a Telefônica e uma companhia chamada Phorm Veiculação de Publicidade Ltda. O acordo estabeleceria uma parceria para a implementação da tecnologia do grupo Phorm “para melhorar a experiência de navegação na internet através da utilização de dados estatísticos que permitirão mostrar o conteúdo e publicidade online de acordo com os interesses do usuário.”³⁸⁷ Em suma, por meio do acordo com uma provedora de acesso à internet, a Phorm teria acesso a todo o comportamento na rede virtual de um indivíduo para endereçar publicidade especializada.

O então Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão da hoje extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, se manifestou no caso, alertando sobre preocupações quanto à tecnologia que estaria sendo desenvolvida pelas partes no que tange à proteção da privacidade e autonomia dos consumidores.

Em que pese as preocupações de privacidade levantadas pelo órgão de defesa do consumidor, o CADE considerou que tal tema não seria pertinente à atribuição institucional do órgão, a quem caberia, na análise concorrencial de atos de concentração, apenas identificar e condicionar operações que pudessem prejudicar a concorrência.³⁸⁸

Em julho de 2014 o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, agora vinculado à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), multou o grupo Oi por causa do uso da tecnologia Phorm em R\$ 3,5 milhões por violação ao direito de privacidade.³⁸⁹

Mas fato é que, com a crescente onda de operações envolvendo empresas detentoras de dados, a relação entre privacidade e direito concorrencial está sendo testada com

³⁸⁶ BROCKHOFF, Julia, *et al.* Google/DoubleClick: the first test for the Commission’s non horizontal merger guidelines. *Competition Policy Newsletter*. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_2_53.pdf. Acesso em: 19 fev. 2016.

³⁸⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração No. 08012.010585/2010-29. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em: 27 jul. 2011.

³⁸⁸ A questão já havia sido analisada em 2010 em outro ato de concentração envolvendo a tecnologia Phorm. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração No. 08012.003107/2010-31. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Julgado em: 06 out. 2010. “Não é atribuição institucional do CADE analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na Internet. A lei atribui ao CADE o dever-poder de avaliar o impacto sobre a concorrência de atos de concentração econômica. Nessa linha, apenas questões que afetem a competição no mercado são passíveis de análise pelo Conselho. A privacidade na Internet não parece ser uma de tais questões, ao menos no momento.”

³⁸⁹ CASEMIRO, Luciana; XAVIER, Luiza. Oi é multada em R\$3,5 milhões por invasão de privacidade feita por Velox. *O Globo*, 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/oi-multada-em-35-milhoes-por-invasao-de-privacidade-feita-por-velox-13348505>. Acesso em: 20 fev. 2016.

mais frequência. Na Europa, por exemplo, privacidade tem ganhado cada vez mais espaço no debate do direito antitruste.³⁹⁰

Ainda que não tenha se materializado, até o momento, em decisões de autoridade antitruste, nacional ou estrangeira, trata-se de tema extremamente controvertido no campo doutrinário. Enquanto alguns alegam ser inafastável a preocupação com privacidade em uma análise antitruste³⁹¹, por implicar uma deterioração do bem-estar do consumidor, outros alegam, assim como o CADE fez no caso tratado acima, que o tipo de problema envolvido em torno da privacidade não é propriamente um problema concorrencial.³⁹²

Ainda que o direito à privacidade seja um direito fundamental, isso não torna menos obscuro o que exatamente deve ser resguardado.³⁹³ Consumidores têm diferentes preferências no que toca ao compartilhamento de suas informações. Privacidade é algo subjetivo. Consumidores podem (e de fato parecem) estar dispostos a dar mais informações em troca de produtos mais customizados. Sobrepor a preferência dos usuários pela da autoridade pública pode ser problemático.³⁹⁴⁻³⁹⁵ Nesse sentido, seria de se esperar que o livre mercado apresentasse os melhores resultados. Na medida em que o número de consumidores que deem maior valor à proteção de seus dados cresça, o mercado ofertaria serviços que

³⁹⁰ “Competition authorities in Europe are now beginning to make data, its uses, and its implications for competition law, a key focus. In June 2014, policymakers, enforcers, and scholars met in Brussels to discuss the implications of a data-driven economy on competition policy, consumer protection, and privacy law. The European Data Protection Supervisor’s (EDPS) preliminary opinion discussed these issues in depth for the first time, which helped spark the debate and research on how the three areas of law (antitrust, privacy, and consumer protection) intersect.” STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen., *op. cit.*, p.2.

³⁹¹ “No one concerned with antitrust policy should stand idly by if industry consolidation jeopardizes the vital privacy interests of our citizens so essential to our democracy.” MANNE, Geoffrey; SPERRY, R. Ben. *The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. TPRC Conference Paper*, 2014, p. 4. “Ultimately competition policy can play a key role in ensuring that citizens get the benefits of a data-driven economy, and in minimizing its risks.” STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Debunking the Myths over Big Data and Antitrust. University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 276, 2015, p. 11. “In brief, privacy harms can reduce consumer welfare, which is a principal goal of modern antitrust analysis. In addition, privacy harms can lead to a reduction in the quality of a good or service, which is a standard category of harm that results from market power. Where these sorts of harms exist, it is a normal part of antitrust analysis to assess such harms and seek to minimize them.” SWIRE, Peter. *Protecting Consumers: privacy matters in antitrust analysis*. Disponível em: <https://www.americanprogress.org/issues/regulation/news/2007/10/19/3564/protecting-consumers-privacy-matters-in-antitrust-analysis/>. Acesso em: 22 fev. 2016, p.1. Cf. também BAGNOLI, Vicente., *op. cit.*, e STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 269, 2015.

³⁹² “Privacy advocates have thus far failed to make their case. Even in their most plausible forms, the arguments for incorporating privacy and data concerns into antitrust analysis do not survive legal and economic scrutiny. In the absence of strong arguments suggesting likely anticompetitive effects, and in the face of enormous analytical problems (and thus a high risk of error cost), privacy should remain a matter of consumer protection, not of antitrust.” MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. *The problems and perils of bootstrapping privacy and data into an antitrust framework. CPI Antitrust Chronic*, 2015, p. 11. “The conclusion of this article is that privacy has little or no rational relevance for antitrust policy. “Privacy” is relevant to antitrust law and economics at all for little reason other than that a meme caught on — largely a function of comments made by policy advocates and policymakers like Peter Swire and Pamela Jones Harbour (including her statement in the Google- DoubleClick merger) — that privacy is antitrust relevant.” MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. *The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. TPRC Conference Paper*, 2014, p. 1. “Despite claims to the contrary, competition law offers at best a convoluted and indirect approach to protecting people’s expectations of privacy online.” OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 156.

³⁹³ “This approach does not consider the economic benefits, to either consumers or the market, of data collection and use. At the very least, it places such an extremely high value on privacy that there is no balancing or consideration of tradeoffs.” *Ibidem*.

³⁹⁴ “Each consumer can make his or her own choice to suit his or her own weighing of the costs and benefits, and treatment of privacy as a right entails imposition of costs dramatically out of proportion to the benefits, given the ready availability of self help (and protection from consumer protection and other laws). We should care about letting consumers express their preferences, not about imposing our preferences (or a minority preference) on them.” MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. *The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. TPRC Conference Paper*, 2014, p. 4.

³⁹⁵ “To second guess consumers choices and wish to make them on their behalf is paternalism, dressed up in the guise of a “market failure” that does not exist.” MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. *The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. TPRC Conference Paper*, 2014, p. 23.

busquem atender a essa demanda. Com efeito, é o que se tem observado. O buscador DuckDuckGo, por exemplo, se anuncia como “a ferramenta de busca que não rastreia você.”

Mas se privacidade pode ser melhor garantida com o livre mercado, é necessário que não haja forças que prejudiquem esse desempenho. Justamente aí se mostra necessário o controle do poder econômico, objeto do direito concorrencial. O mercado só apresentará resultados ótimos se os agentes econômicos tiverem incentivos para buscar a preferência dos consumidores, algo que parece não existir para quem detém poder de mercado, pelo próprio conceito do termo.

Trata-se, aqui, de aplicação do quanto dito no primeiro capítulo quanto à relação do direito antitruste com a proteção do consumidor – aqui materializada na forma de proteção à privacidade. Ainda que a proteção de dados não seja uma questão concorrencial *per se*, a depender da estrutura do mercado ela se torna, sim, um problema antitruste. Se um dos propósitos do direito da concorrência é justamente fazer com que a preferência do consumidor se manifeste concretamente, parece ser inafastável que se evite que o poder econômico distorça essa preferência. Caso contrário, não se terá nem a preferência do consumidor, e tão pouco a da autoridade antitruste, mas a do agente privado.

Segundo Robert Lande, o propósito último do direito antitruste seria garantir que o mercado trouxesse tudo aquilo que o consumidor quisesse por via da concorrência. Isso incluiria não só preços (menores), mas também variedade, inovação qualidade e, no que interesse no presente trabalho, privacidade.³⁹⁶ No que ficou conhecida como teoria do “*consumer choice*”, o poder de mercado reduziria os incentivos à competir nessa dimensão. Trata-se de ponto inclusive ressaltado pela Comissão Europeia quando da análise da operação Facebook/WhatsApp.³⁹⁷

Identificar as condições estruturais do mercado que levem ao abuso do poder econômico parece ser a grande dificuldade nesse tema. Questões como barreiras à entrada e rivalidade efetiva, e até mesmo questões de economia comportamental e eficiências/efeitos líquidos precisarão ser enfrentadas no caso concreto. Tratam-se de elementos que serão abordados a seguir.

³⁹⁶ “Antitrust is actually about consumer choice, and price is only one type of choice. The ultimate purpose of the antitrust laws is to help ensure that the free market will bring to consumers everything they want from competition. This starts with competitive prices, of course, but consumers also want an optimal level of variety, innovation, quality, and other forms of nonprice competition. Including privacy protection.” LANDE, Robert. The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is na Antitrust Concern. *University of Baltimore Legal Studies Research Paper*, n. 2008-06. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1121934>. Acesso em 22 fev. 2016, p. 1.

³⁹⁷ “In this regard, according to the market investigation, important areas of improvement include: (i) reliability of the communications service, which has a direct impact on the service’s reputation and its appeal to users; and (ii) privacy and security, the importance of which varies from user to user but which are becoming increasingly valued, as shown by the introduction of consumer communications apps specifically addressing privacy and security issues and by WhatsApp’s plans”. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Case M. 7217. Julgado em: 03 out. 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em: 21 fev. 2016

3.3 O método antitruste aplicado ao acesso a dados

3.3.1 A definição de mercados relevantes

A dificuldade de definição de mercados relevantes na economia digital já foi tratada anteriormente. Cumpre, agora, apenas pontuar algumas questões que estão sendo colocadas em discussão quando se investiga os efeitos negativos à concorrência a partir do poder econômico manifestado na detenção de grandes bases de dados.

Como grande parte – ao menos até o momento – das preocupações de acesso a dados têm sido colocada em casos envolvendo companhias que, como o Google e o Facebook, dependem da remuneração de publicidade, apontar-se-á as dificuldades de definição de mercados para tais serviços.

O mercado de publicidade online deve ser diferenciado do mercado de publicidade como um todo? A publicidade em buscadores deve constituir um mercado aparte de outras formas publicitárias online? Afinal, independentemente do meio, o objetivo de toda e qualquer publicidade é o mesmo: minimizar os custos de transação entre consumidores e produtores.³⁹⁸ A jurisprudência dominante, inclusive aqui no Brasil³⁹⁹, tem sido de considerar o mercado relevante de buscas patrocinadas.⁴⁰⁰

Não obstante, com a competição por criar plataformas que disputem a atenção do consumidor, outras formas de publicidade online podem concorrer com as chamadas buscas patrocinadas. Com efeito, na medida em que outras plataformas passam a obter mais informações de seus usuários, sua capacidade de endereçar publicidade de alto valor seria aumentada. Nesse sentido, conforme alguns comentaristas destacam, excluir a competição de outras plataformas como o Facebook seria definir o mercado de maneira extremamente limitada.

De fato, é necessário refletir sobre a função da divulgação de propaganda na internet. Publicidade pode visar o posicionamento de determinada companhia no mercado, seja pela divulgação da marca, seja pela sua associação a uma mensagem. Mas a publicidade pode ter outras pretensões. Por exemplo, pode apenas procurar fazer uma oferta comercial ao usuário. Trata-se de função que parece predominar nas plataformas digitais, e que, com os

³⁹⁸ MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p. 52.

³⁹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração No. 08012.006419/2009-94. Relator: Conselheiro Fernando Furlan. Julgado em 16 dez. 2009.

⁴⁰⁰ “*In its review of the Google and DoubleClick merger, the FTC found that search advertising and display advertising were in distinct markets, and that online advertising and advertising in other media were in distinct markets.*” MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p. 51.

avanços tecnológicos, acabam quase se integrando ao próprio ato comercial em si. Nesse sentido, plataformas digitais funcionam como vitrines para atrair os usuários. Ao se reconhecer que tipo de serviço essas plataformas estão oferecendo com seus anúncios, é possível se apontar até mesmo a fontes de pressão competitiva que parecem distantes, como a Amazon e outros grandes varejistas online. Se o foco dessa publicidade é atender a consumidores que estão procurando realizar compras, parece ser razoável inserir no mercado relevante outras plataformas que esses usuários fazem uso nessa procura.

Perde-se a distinção dos contornos dos mercados. Plataformas verticalmente relacionadas podem, não obstante, ser concorrentes diretos (concorrência horizontal). É difícil dar precisão aos produtos e, conseqüentemente, ao mercado relevante. Nesse sentido, o caso Google, tratado anteriormente, traz discussões semelhantes ao processo da Microsoft. O buscador do Google é um produto completamente diferente de comparadores de preço? Não estaríamos diante de um problema semelhante à desvinculação de um sistema operacional ao navegador? Se o desejo de um usuário é o de obter a imediata comparação de preços em relação a determinado produto, seria ilícito que um buscador já oferecesse diretamente o resultado desejado, ao invés de endereça-lo a outro sítio eletrônico?

Não bastasse, se a força motriz por traz da economia digital é o acesso à informação, também não se pode excluir a possibilidade de definição de um mercado relevante específico para acesso a dados.⁴⁰¹ Trata-se de premissa que está por trás das alegações de dados como *essential facility*.⁴⁰² Como se vê, não são poucas as questões que permeiam a definição dos mercados relevantes.

⁴⁰¹ “Some privacy regulators and other writers have asserted that personal information collected in connection with the provision of online services should be considered an intangible asset for antitrust purposes and have called for markets to be defined around personal data, even when that information is not marketed to customers. Such a view lacks support under U.S. and EU competition law. Personal data used as an input to another product cannot constitute a relevant product market because a product market presupposes that a product or service is available to customers. Only where data is sold to customers could providing that information potentially constitute a relevant market. [...] Personal information collected by a producer but not sold to customers cannot satisfy the hypothetical monopolist test or the Brown Shoe test: there is no sale, no customers, and no product substitution. To our knowledge, none of the FTC, DOJ, EC, General Court, European Court of Justice, or U.S. federal courts has ever defined a separate market for internally generated and used (i.e., captive) personal data. In the absence of sales, the rationale for defining a relevant market consisting of personal information is unclear. Why define a product market if there is neither a ‘product’ nor a ‘market’? The principal goal of market definition is to draw a line between products that substantially compete and those that do not. By definition, there can be no competition where there are and will be no sales.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill., *op. cit.*, pp. 4-5.

⁴⁰² “Since monopolization is a market power offense, a properly defined essential facility must define a relevant Market or a substantial part of one; alternatively, it must serve as a bottleneck that permits market power to be exercised in a properly defined relevant market. [...] But if the alleged facility does not constitute or control a relevant market, then competitive alternatives are available and the facility can hardly be characterized as ‘essential’.” HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*. 3^a ed. Thomson West, 2005. p. 311.

3.3.2 Barreiras à entrada e rivalidade efetiva

Muito se discute sobre a possibilidade de que uma empresa possa fechar o acesso a dados, limitando a capacidade competitiva de concorrentes.⁴⁰³ Preparada especialmente contra a dominância do Google no mercado de buscadores, alega-se que outras plataformas concorrentes jamais conseguirão ter acesso a dados de forma a melhorar seu algoritmo e aperfeiçoar seu sistema de direcionamento de publicidade.⁴⁰⁴ Como a Microsoft alegou no caso Google/DoubleClick:

Essas questões de privacidade possuem consequências concorrenciais. Dada a natureza e a economia do mercado de publicidade digital, essa concentração de informações de usuários significa que nenhuma outra companhia será capaz de endereçar publicidade de maneira lucrativa. Ela irá reduzir substancialmente a capacidade competitiva de outras empresas.⁴⁰⁵

O argumento é baseado no efeito de rede existente nesses mercados, pelo qual uma plataforma com maior acesso a dados (obtidos com uma base maior de usuários) terá maior e melhor capacidade de direcionamento de publicidade. Trata-se de ponto que reconhece a importância da escala para o aprimoramento dos produtos, conforme o Departamento de Justiça afirmou em sua análise da operação Microsoft e Yahoo!⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷

Ambas as alegações partem da premissa de que o acesso a dados não é algo simples ao mesmo tempo em que é algo crucial para o desenvolvimento de um negócio digital. Seria justamente a dificuldade de se acessar dados que motivaria as operações

⁴⁰³ “This argument is based on the idea that either a monopolist has—or a merger could create—the ability to foreclose access to private data of consumers, making others unable to compete successfully in the marketplace for behavioral advertising.” MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. *The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. TPRC Conference Paper*, 2014, p. 7

⁴⁰⁴ “Recently, a number of writers and advocacy groups in the United States and Europe have asserted that big data—in particular, user data—is a critical requirement for offering online services. They argue that extensive user information is needed to sell advertising and improve online services, with search and social media the most frequently cited examples.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill., *op. cit.*, pp. 6-7.

⁴⁰⁵ Tradução livre de: “These privacy issues have antitrust consequences. Given the nature and economics of online advertising, this concentration of user information means that no other company will be able to target ads as profitably. It will substantially reduce the ability of others to compete” SWIRE, Peter., *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁶ “The search and paid search advertising industry is characterized by an unusual relationship between scale and competitive performance. The transaction will enhance Microsoft’s competitive performance because it will have access to a larger set of queries, which should accelerate the automated learning of Microsoft’s search and paid search algorithms and enhance Microsoft’s ability to serve more relevant search results and paid search listings, particularly with respect to rare or “tail” queries. The increased queries received by the combined operation will further provide Microsoft with a much larger pool of data than it currently has or is likely to obtain without this transaction. This larger data pool may enable more effective testing and thus more rapid innovation of potential new search-related products, changes in the presentation of search results and paid search listings, other changes in the user interface, and changes in the search or paid search algorithms. This enhanced performance, if realized, should exert correspondingly greater competitive pressure in the marketplace.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. Statement of the Department of Justice Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc., 2010. Disponível em: <http://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet>. Acesso em: 21 fev. 2016.

⁴⁰⁷ “In closing its investigation of the agreement between Microsoft and Yahoo!, the DOJ found that the transaction would create a more viable competitive alternative to Google because of the importance of scale to competitive performance in search and search advertising, and suggested that the transaction would enable more rapid improvements in Microsoft’s search and search advertising technology.” STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 269, 2015, p. 3.

bilionárias que acontecem no setor.⁴⁰⁸ Assim, para se validar o ponto, é necessário averiguar a indispensabilidade de acesso à informação para o desenvolvimento dos produtos e serviços no mercado.⁴⁰⁹

3.3.2.1 A não rivalidade ao acesso de dados: o falso problema

Muitos autores buscam apontar a natureza não rival da informação para mitigar sua relevância concorrencial.⁴¹⁰ Como o uso da informação por uma companhia não impediria que informações fossem coletadas por concorrentes⁴¹¹, acesso a dados não constituiria uma barreira à entrada.

A isso se soma a alegação de que acesso a grandes quantidades de dados não seria um elemento competitivo no mercado. Segundo o argumento, o fato de que empresas estabelecidas coletam uma grande quantidade de informações não significa que um novo entrante, para operar no mercado, precise da mesma quantidade de dados. Entrar no mercado e apenas depois captar e processar dados seria o comportamento tradicional no mercado.⁴¹² Informação não seria um produto adquirido de antemão, mas algo que se obtém a partir do uso de sua plataforma.

Corroborando a tese, aponta-se (i) para o baixo custo de coleta de dados, que inclusive tem decrescido ao longo do tempo,⁴¹³ e (ii) para a maior importância da capacidade de se processar do que de se ter acesso a grandes volumes de dados.⁴¹⁴

⁴⁰⁸ “If personal data were as freely available as sunshine, companies would not spend a considerable amount of money offering free services to acquire and analyze data to maintain a data-related competitive advantage. Firms whose business models are built on securing a data advantage understand the need for the exclusivity of particular data streams (or accessing and exploiting the data more quickly than their rivals). [...] Some mergers undoubtedly are motivated by companies seeking to retain a data advantage over competitors.” STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 269, 2015, p.7.

⁴⁰⁹ “This is the ‘big is bad’ argument, with specific reference to the online world. However, it doesn’t seem a cognizable harm that a single company might have a concentration of user information absent a claim that a) this information is rivalrous (it is not, and as most online searchers multi-home, many search products may simultaneously amass similar information about their customers), b) indispensable (essential facilities claims are strongly disfavored in US jurisprudence, and it is not clear that any particular collection of information is essential to competition in online advertising markets), and c) likely to be abused at scale (of which there is no evidence).” MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. *TPRC Conference Paper*, 2014, p. 5.

⁴¹⁰ A rivalidade é “a propriedade de um bem segundo a qual sua utilização por uma pessoa impede outras pessoas de utilizá-lo.” MANKIWI, Gregory. *Princípios de microeconomia*. Tradução da 5ª ed. americana. São Paulo: Cengage, 2009, p. 216.

⁴¹¹ “Big data is non-rivalrous. In other words, collecting a particular piece of data does not prevent other companies from collecting identical data by similar or other means.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill., *op. cit.*, p. 3.

⁴¹² “Entering the market and then collecting and analyzing user data is not a theoretical approach but rather the very model followed by many of the leading online firms when they were startups or virtual unknowns, including Google, Facebook, Yelp, Amazon, eBay, Pinterest, and Twitter.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill., *op. cit.*, p. 7.

⁴¹³ “The cost of collecting big data is very low and continues to decline [...] The cost of collecting this data is virtually zero. Storing and analyzing data are also inexpensive.” *Ibidem*, p. 3.

⁴¹⁴ “Any competition affected by the use of big data occurs almost entirely according to how well companies analyze information, not according to whether and how much they obtain it. Thus the only competitive advantage the typical business can obtain through the use of big data is an advantage based on business acumen, which is not an antitrust concern. To the contrary, business acumen is the core of competition itself.” TUCKER, Darren; WELLFORD, Hill., *op. cit.*, p. 12.

Mas o argumento é incompleto. Mais do que a questão teórica quanto à ampla disponibilidade de dados no mercado, o importante na questão é a capacidade de concorrentes *efetivamente* poderem participar do mercado.

3.3.2.2 A importância da customização: a verdadeira barreira de mercado

Ainda que, de fato, informação não seja um bem rival, isso não quer dizer que exista ampla oportunidade de negócio a plataformas concorrentes. Não se pode minimizar a importância do *first mover* em tais mercados, gerando a dependência de caminho que foi tratada no capítulo anterior.

Se determinados negócios surgiram como “empresas de garagem”, sem acesso a dados, não quer dizer que essa estratégia esteja disponível a futuros entrantes. Os incumbentes podem ter ocupado um espaço do qual será difícil remove-los. É o que demonstra os pesados investimentos que a Microsoft tem realizado para se firmar no mercado de buscadores, aparentemente sem muito sucesso.

Ter escala em termos de acesso a dados parece sim ser uma questão importante para o produto que muitas plataformas digitais comercializam: publicidade customizada. Para customizar seus produtos, as plataformas precisam conhecer os hábitos de seus usuários, e, para tanto, precisam que seus produtos sejam efetivamente utilizados. E esse parece constituir o verdadeiro problema do mercado.

Assim, a despeito de não ser um bem rival, informação pode ser um bem escasso. Esse reconhecimento traz à tona diversas implicações que a autoridade antitruste deve se atentar quando da análise de casos envolvendo a economia digital, sejam eles casos de conduta ou de atos de concentração.

Contratos com empresas de *hardware* podem contribuir para defender a dominância no mercado dos incumbentes, dificultando o acesso, pelos concorrentes, a novos usuários. Trata-se de ponto que está sendo apurado na Europa com as investigações dos termos de licenciamento do sistema Android do Google a fabricantes de celulares.

A verticalização ou efeito conglomerado pode criar uma importante barreira para a concorrência efetiva no mercado. Nesse sentido, a verticalização pode contribuir para o “aprisionamento” do consumidor à plataforma dominante, reduzindo as oportunidades de negócio para concorrentes desenvolverem. Se por um lado a verticalização pode significar uma barreira no sentido de que entradas precisam se dar em todos os níveis do mercado (sendo, portanto, mais custosas), por outro ela pode representar uma barreira dada à

atratividade da plataforma para o consumidor. Anunciantes (um dos lados desses mercados) preferirão utilizar aquelas plataformas com maior apelo aos consumidores, não só por causa de sua maior exposição, mas também por causa de seu maior poder de customização.

Pode-se alegar que isso não representa efetivamente um problema concorrencial, mas a simples manifestação da qualidade superior de um produto e a conseqüente preferência do consumidor por essa solução. Ainda que certamente exista grande pertinência no argumento, ele deve ser abordado com cautela. Longe de representar uma preferência racional do consumidor por melhores produtos, esse efeito pode ter outras causas.

3.3.3 Perspectivas do lado da demanda

3.3.3.1 A assimetria informacional

Um exemplo pertinente à presente discussão que auxilia a demonstrar a fragilidade da tomada de decisão dos consumidores se refere ao exame de preferências por políticas de privacidade. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que consumidores preferem políticas mais protetivas. O argumento, na teoria, parece factível, mas e na prática?

Dizer que a escolha do consumidor por um produto ou outro é fruto de uma análise detida dos termos de uso de cada provedor parece ser utopia. O mercado está longe de funcionar perfeitamente, havendo uma clara assimetria de informação entre consumidores e provedores de serviço no que tange à privacidade, em que o consumidor não tem conhecimento (ou ao menos não buscar ter esse conhecimento) por quem, com quem, para o que e que dados seus estão sendo obtidos. Não se pode presumir que a escolha do consumidor tenha efetivamente ponderado qualquer questão relacionada à privacidade. Pelo contrário, a complexidade dos termos de uso sugere uma presunção, ao menos até o momento, inversa.⁴¹⁵ Empoderar o consumidor, de forma a que ele tome decisões de forma mais bem informadas parece ser um caminho importante para se superar essas limitações. Fazer com que os Termos de Uso sejam compreendidos (e obedecidos)⁴¹⁶ parece ser crucial.

⁴¹⁵ “The consensus is that the current notice-and-consent framework is inadequate to safeguard privacy. Consumers are generally unaware who has access to their personal information, what data are being used, how and when the data are being used, when the data are being sold, and the privacy implications of the data’s use. [...] Some apps do not even publish a privacy policy. Consumers have little inclination to read the lengthy, detailed, and often opaque privacy notices. Even if they read the privacy notices, consumers generally cannot negotiate better terms.” STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 269, 2015, p. 12

⁴¹⁶ É o que ocorreu na análise americana do caso WhatsApp/Facebook. Diante do temor de que o Facebook incorporasse os dados dos usuários do WhatsApp em seu modelo de traçar perfis de usuários, o FTC comunicou à empresa que as obrigações assumidas pelo WhatsApp em seu termo de uso deveriam ser cumpridas após a operação. Cf. OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander., *op. cit.*, p. 134.

Nessa tarefa, instrumentos típicos de tutela do consumidor parecem ganhar importância. Trata-se de linha buscada pelo Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014⁴¹⁷, que em seu artigo 7º estabelece os seguintes direitos aos usuários:

- informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade (inciso VI);
- não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (inciso VII);
- informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: (a) justifiquem sua coleta; (b) não sejam vedadas pela legislação; e (c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet (inciso VIII);
- consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais (inciso IX).

A melhor forma de materializar contratualmente essas questões é tema extremamente rico, sobretudo pelas luzes trazidas pela economia comportamental. Modelos de *opt-in*, e *opt-out*, obrigação de fornecimento de serviço independente da aceitação dos termos de privacidade, portabilidade dos dados, são todas questões que dizem respeito ao tema, mas que fogem ao escopo do presente trabalho.

Mas o direito antitruste também desempenha um importante papel. A concorrência em torno desses fatores contribui para superar o estado de desinformação do mercado. Concorrentes podem alardear a vantagem de seus produtos frente aos outros, estimulando o aperfeiçoamento da qualidade do produto (aqui medida em termos de privacidade). Mais importante, assegurar a concorrência é permitir que não só o consumidor saiba ao que está aderindo, mas que também tenha opções concretas para manifestar sua escolha.

⁴¹⁷ BRASIL. LEI Nº 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, 23 abr. 2014.

3.3.3.2 A encoberta preferência do consumidor

Assimetria informacional não é o único ponto que leva à tomada de decisões imperfeitas para o consumidor. Outros fatores existem, que podem ser difíceis de precisar dada sua complexidade.

Por exemplo, ser o primeiro a ocupar um mercado pode gerar vantagens expressivas aos agentes econômicos. Uma vez ocupado o mercado, o poder econômico do incumbente poderia ser alimentado quase que por inércia. A criação de um padrão de produto pode levar à padronização dos hábitos dos consumidores.

Nesse sentido, a economia comportamental parece trazer sérias dúvidas sobre a capacidade real de um entrante atrair usuários. Ainda que de difícil operacionalização pelo direito concorrencial, ela ajuda a desmistificar o mito da racionalidade da tomada de decisões do consumidor, evidenciando que não necessariamente a escolha desses reflete o melhor produto. Se a concorrência está a apenas “um clique de distância”, a probabilidade que esse clique seja efetivamente dado não parece ser das maiores.⁴¹⁸

Ainda que decisões do consumidor sejam sempre imperfeitas, cabe ao direito antitruste procurar garantir ao menos o direito de escolha.

3.3.4 Considerações finais

O que se procurou apontar, com as considerações acima, é que o direito antitruste tem um importante papel a desempenhar na nova economia. Barreiras à entrada não são tão pequenas como se tentar fazer parecer, e a rivalidade não é tão efetiva assim. É perfeitamente factível a existência e o abuso do poder de mercado nessas atividades. Evidentemente, a própria questão da detenção de poder de mercado é uma questão complexa na nova economia, dada, como visto, as dificuldades de se definir, com alguma precisão, os contornos de um

⁴¹⁸ Análises comportamentais já seriam usados pelo direito antitruste na nova economia, como no caso da Comissão Europeia contra a integração do Windows Media Player ao sistema operacional Windows. “For a rational choice theorist, the default option (assuming low transactions costs and no informational asymmetries) is irrelevant. Say consumers prefer Windows Media Player. If computer manufacturers installed another media player, then consumers would switch to Windows Media Player. So whatever the default option, consumers should readily opt for the superior media player. But if Microsoft seriously considered downloading as ‘an equivalent alternative to pre-installation’, observed the Commission, then Microsoft’s ‘insistence on maintaining its current privilege of automatic pre-installation appears inconsistent.’ As the behavioral economics literature shows, the setting of the default often can determine the outcome--even when transaction costs are nominal. Default options have played an important role in participation and investments in retirement savings, contractual choices in health-clubs, organ donations, car insurance plans, and participation in class actions. In antitrust cases, default options can help foreclose rivals. The consumer choice that spurs competition is a deliberative choice among several options. But if many consumers opt for the default option, then being the default option (or the first option encountered) provides a significant competitive advantage. Firms may compete more to become the default option (such as payments to an Internet browser to be the default search engine) than on other dimensions (objectively providing responsive information to search requests).” STUCKE, Maurice. The Implications of Behavioral Antitrust. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 192, 2012. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109713. Acesso em: 25 fev. 2016, pp. 7-8.

mercado relevante. E, ainda que o poder de mercado de fato exista, é necessário fazer a difícil ponderação entre as consequências nocivas do poder de mercado e as potenciais eficiências geradas no mercado. Essas dificuldades, todavia, não justificam uma presunção de que não há problemas no mercado.

CONCLUSÃO

Em 1984 Frank Easterbrook⁴¹⁹ alertava para os riscos de uma investigação antitruste ao bem-estar social. Sua tese foi fundada sob duas premissas. Primeiro, erros na aplicação do direito antitruste – a observação é válida para o direito como um todo – seriam inevitáveis, uma vez que distinguir uma conduta eficiente e pró-competitiva de condutas exclusionárias seria tarefa extremamente complexa.⁴²⁰

Segundo, erros do Tipo I (falsos positivos) seriam mais nocivos do que erros do Tipo II (falso negativo). Erro do Tipo I refere-se à situação em que uma conduta lícita foi considerada, por erro, ilegal do ponto de vista antitruste. Erro do Tipo II se refere à situação em que uma conduta ilícita não foi considerada, por erro, legítima. Para Easterbrook, o primeiro tipo seria mais prejudicial, pois, enquanto erros do Tipo II seriam corrigidos pelas forças do mercado, erros de Tipo I seriam irremediáveis⁴²¹.

Trata-se de literatura que tem ganhado especial relevância quando se trata da aplicação do direito antitruste à nova economia⁴²², cujas especificidades (particularmente sua dinamicidade), alega-se, escapariam aos instrumentos estáticos daquele. Não só a dificuldade de compreensão de condutas da economia digital aumentaria as chances de erros do Tipo II, como também aumentariam as consequências desse erro, especialmente em termos de incentivos à inovação.

E mesmo que o direito antitruste seja corretamente aplicado, fugindo-se de ambos os erros, a atuação antitruste não estaria imune a críticas. O desenho da intervenção antitruste,

⁴¹⁹ EASTERBROOK, Frank. Limits of antitrust. *Texas Law Review*, vol. 63, 1983.

⁴²⁰ MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, pp.8-9.

⁴²¹ “For a number of reasons, errors on the side of excusing questionable practices are preferable. First, because most forms of cooperation are beneficial, excusing a particular practice about which we are ill-informed is unlikely to be harmful. Second, the economic system corrects monopoly more readily than it corrects judicial errors. There is no automatic way to expunge mistaken decisions of the Supreme Court. A practice once condemned is likely to stay condemned, no matter its benefits. A monopolistic practice wrongly excused will eventually yield to competition, though, as the monopolist's higher prices attract rivalry. Third, in many cases the costs of monopoly wrongly permitted are small, while the costs of competition wrongly condemned are large. A beneficial practice may reduce the costs of production for every unit of output; a monopolistic practice imposes loss only to the extent it leads to a reduction of output. Under common assumptions about the elasticities of supply and demand, even a small gain in productive efficiency may offset a substantial increase in price and the associated reduction in output.” EASTERBROOK, Frank., *op. cit.*, pp. 14-15.

⁴²² “Given the fundamental difficulty of identifying the competitive consequences of business practices generally, and innovations especially, concern with the social costs of these errors (‘error costs’) has been a mainstream consideration in antitrust policy discourse for the last quarter century.” MANNE, Geoffrey; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, pp.3-4. Quanto ao reconhecimento pelas cortes americanas dessa preocupação, continua o autor: “Consider that since *NYNEXCorp.v.Disco, Inc.*, all four of the Supreme Court’s decisions addressing claims under Section 2 and setting forth the relevant principles have been decided unanimously. In these recent decisions, the Supreme Court has articulated a number of first principles that guide the Court’s decisions, and inform our monopoly Courts must be concerned with the social costs of antitrust errors, and the error cost framework is a desirable approach to developing standards which incorporate these concerns on analysis: The mere exercise of lawful monopoly power in the form of higher prices is not an antitrust violation.” *Ibidem*, pp.47-48.

na forma de um remédio, pode ser especialmente problemático.⁴²³ Remédios são, em sua essência, estáticos. Considerando a alta dinamicidade dos mercados de alta tecnologia, mesmo um remédio aplicado em casos necessários pode engessar a capacidade competitiva de uma empresa no futuro, tendo em vista que as estruturas de mercado, na nova economia, estariam sujeitas a grandes transformações.⁴²⁴

Ainda que o processo antitruste não culmine na condenação de uma prática, sua mera existência já seria capaz de afetar negativamente os incentivos à inovação, tornando investimentos mais arriscados⁴²⁵ e implicando custos adicionais para a empresa investigada para realizar sua defesa. Como indicariam o caso Microsoft e Google, os riscos seriam potencializados tendo em vista a exposição, por uma mesma conduta, a múltiplas jurisdições.⁴²⁶

Por fim, como demonstraria o caso IBM, a rápida evolução dos mercados e a morosidade do aparato estatal pode fazer com que este deixe de ter qualquer relevância social.⁴²⁷ Ao tempo da tomada de uma decisão, o mercado já mudaria de tal maneira que suas condições já não seriam mais aquelas que deram causa ao início da investigação.

Em que pese os entendimentos em contrário, a realidade é que tudo o que foi exposto não pode ser interpretado como justificativas para a não aplicação do direito

⁴²³ Sem um remédio, um processo antitruste, sobretudo em casos de conduta unilateral, deixa de ter relevância. Como reconhece o Departamento de Justiça norte-americano, “Without a proper remedy, winning a judgment of a section 2 violation is similar to winning a battle but losing the war. Designing and implementing effective remedies in unilateral conduct cases often is a daunting challenge. The central goals of remedies in government section 2 cases are to terminate the defendant’s unlawful conduct, prevent its recurrence, and re-establish the opportunity for competition in the affected market. Section 2 remedies should achieve these goals without unnecessarily chilling legitimate competitive conduct and incentives.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. *Competition and monopoly: single firm conduct under section 2 of the Sherman Act*. Chapter 9. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-9>. Acesso em: 10 fev. 2016.

⁴²⁴ “The same potential for dynamic change between complaint and judgment that complicates crafting a remedy in the first place raises further complexity after a remedy is in place. . . [W]hen technology is changing rapidly, a fixed remedy running years into the future may have damaging, unintended consequences.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. *Competition and monopoly: single firm conduct under section 2 of the Sherman Act*. Chapter 9. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-9>. Acesso em: 10 fev. 2016. “In cases where the government succeeds in its suit, the question of remedies becomes acute: what remedy will prevent the problems the government has identified, deter similar offending conduct in the future, and make the market work better for consumers? In fast-moving high-tech industries, that is not an easy question to answer. Imposing a remedy that looks essentially like a version of industrial regulation, as the European Commission did in its litigation against Microsoft, or breaking up a company, as occurred with AT&T following its 1984 settlement with the Department of Justice, even if sometimes beneficial, inevitably has costs for consumers and for society – and these costs can exceed the costs of tolerating ‘abuses’ by the dominant firm.” CASS, Ronald., *op. cit.*, p. 11. “To anticipate the second part of my discussion, whenever an antitrust court is called on to balance efficiency against monopoly, there is trouble; legal uncertainty, and the likelihood of error, soar.” POSNER, Richard. *Antitrust in the new economy*. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 7

⁴²⁵ “Antitrust litigation moves very slowly relative to the new economy. (...) The mismatch between law time and new-economy real time is troubling in two respects. First, an antitrust case involving a new-economy firm may drag on for so long relative to the changing conditions of the industry as to become irrelevant, ineffectual. (...) Second, even if the case is not obsoleted by passage of time, its pendency may cast a pall over parties to and affected by the litigation, making investment riskier and complicating business planning.” POSNER, Richard. *Antitrust in the new economy*. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p. 9

⁴²⁶ “These problems are aggravated by the tendency of antitrust litigation to create multiple lawsuits out of a single dispute; call this the cluster-bomb effect.” POSNER, Richard. *Antitrust in the new economy*. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000, p.9

⁴²⁷ “The rapid changes and innovation typical of new-economy industries raise the question whether current antitrust enforcement mechanisms, which often involve lengthy investigation, followed by complex, time consuming trials, are suitable for implementing effective remedies that adequately protect competition. Developing an equitable remedy in these markets has been likened to ‘trying to shoe a galloping horse.’” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice. *Competition and monopoly: single firm conduct under section 2 of the Sherman Act*. Chapter 9. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-9>. Acesso em: 10 fev. 2016.

antitruste aos mercados de alta tecnologia. A premissa funda-se em dogma da Escola de Chicago que enaltece a capacidade de o mercado reparar suas próprias falhas. Trata-se de visão que peca por não reconhecer as forças autodestrutivas do poder econômico. Assim como a preocupação exclusiva sobre a concorrência estática será incapaz de melhorar o bem-estar do consumidor, a paralisia da autoridade de defesa da concorrência com receio de deter a inovação no mercado também não o deixaria em melhor estado.⁴²⁸

⁴²⁸ “Just as an antitrust analysis focused solely upon static competition is unlikely to maximize consumer welfare or economic growth, one so paralyzed by the fear of deterring innovation that it fails to intervene where consumers are threatened with imminent harm would not serve either.” GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua., *op. cit.*, p.2.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, Tim. Google and the future of search: Amit Singhal and the knowledge graph. *The Guardian*. Disponível em: <http://www.theguardian.com/technology/2013/jan/19/google-search-knowledge-graph-singhal-interview>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- AKERLOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, 1970, pp. 488-500.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de direito regulatório*. Coleford: Laccademia Publishing, 2014 (edição Kindle).
- ARROW, Kenneth. Economic Welfare and the allocation of Resources for invention. *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors: A Conference of the Unive*, pp. 609-626, 1962. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1497764. Acesso em 12 fev. 2016
- AVERITT, Neil; LANDE, Robert. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law. *Antitrust law journal*, vol. 65, 1997. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1134798>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- BAGNOLI, Vicente. *Concorrência na era do Big Data favorece o consumidor*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-13/vicente-bagnoli-concorrenca-big-data-favorece-consumidor>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- BAKER, Jonathan B. Market definition: an analytical overview. *Antitrust law journal*, v. 74, p. 129-173, 2007.
- BBC. *Edward Snowden: leaks that exposed US spy programme*. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-23123964>. Acesso em: 15 jan. 2016.
- BITTLINGMAYER, George. Did Antitrust policy cause the great merger wave? Federal Trade Commission, *Working Paper n. 115*, setembro de 1984. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/did-antitrust-policy-cause-great-merger-wave/wp115.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- BÓ, Ernesto Dal. Regulatory capture: a review. *Oxford Review of economic policy*, v. 22, n. 2, pp. 203-225, 2006, p. 203.
- BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: Free Press, 1993.
- BOYLE, James. The second enclosure movement and the construction of the public domain. *Law and Contemporary Problems*, v. 66, 2003, pp. 33-74.
- BRADLEY, Joseph; BARBIER, Joel; HANDLER, Doug. Embracing the Internet of Everything to capture your share of \$14.4 trillion. Disponível em:

http://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/innov/IoE_Economy.pdf. Acesso em: 19 fev. 2016

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração No. 08012.003107/2010-31. Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. Julgado em: 06 out. 2010.

_____. _____. Ato de Concentração No. 08012.006419/2009-94. Relator: Conselheiro Fernando Furlan. Julgado em 16 dez. 2009.

_____. _____. Ato de Concentração No. 08012.010585/2010-29. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Julgado em: 27 jul. 2011.

_____. _____. Averiguação Preliminar Nº 08012.002673/2007-51. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 15 dez. 2010.

_____. _____. O mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Documentos de Trabalho*, 01/2015, 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.002127/2002-14. Relator Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13 jul. 2005.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.004363/2000-89. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 28 out. 2009.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.004472/2000-12. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 06 de março de 2013.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.004702/2004-77. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 09 de maio de 2012.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.006923/2002-18. Voto-vista Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Julgado em 20 fev. 2013.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.008554/2008-93. Voto-vista Conselheira Ana Frazão. Julgado em 20 ago. 2014.

_____. _____. Requerimento Nº 08700.002004/2012-99. Relator: Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 04 jul. 2012.

_____. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

_____. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990.

_____. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem

econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 dez. 2011.

_____. LEI Nº 12.965/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, 23 abr. 2014.

_____. PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1 DE AGOSTO DE 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 ago. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 10 jun. 2015.

BRIAN, Sean. The unexamined life in the Era of Big Data: toward a UDAAP for data. *University of Utah College of Law Research Paper*, n. 128, 2015

BROCKHOFF, Julia, *et al.* Google/DoubleClick: the first test for the Commission's non horizontal merger guidelines. *Competition Policy Newsletter*. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_2_53.pdf. Acesso em: 19 fev. 2016.

BROWN, Brad; CHUI, Michael; MANYIKA, James. Are you ready for the era of 'big data'? *McKinsey Quarterly*, 2011. Disponível em: <http://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/are-you-ready-for-the-era-of-big-data>. Acesso em: 22 fev. 2016.

CASEMIRO, Luciana; XAVIER, Luiza. Oi é multada em R\$3,5 milhões por invasão de privacidade feita por Velox. *O Globo*, 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/oi-multada-em-35-milhoes-por-invasao-de-privacidade-feita-por-velox-13348505>. Acesso em: 20 fev. 2016.

CASS, Ronald. Antitrust for high-tech and low: Regulation, innovation, and risk. *Journal of Law, Economics and Policy*, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2138254>. Acesso em: 15 jan. 2015

CISCO. *Connections Counter. The internet of everything in motion*. Disponível em: <http://newsroom.cisco.com/feature-content?type=webcontent&articleId=1208342>. Acesso em: 22 fev. 2016.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economic*, v. 4, n. 16, 1937, pp. 386-405. Disponível em: <http://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2016.

COGLIANESE, Cary. Empirical analysis and administrative law. *University of Illinois Law Review*, 2002.

COHEN, Julie. What is privacy for. *Harvard Law Review*, vol. 126, pp. 1904-1933, 2013.

CRANDALL, Robert; JACKSON, Charles. Antitrust in High-Tech Industries. *Conference on Antitrust and the Dynamics of Competition in "New Economy"*, 2010.

DIAMANDIS, Peter; KOTLER, Steven. *Abundance: the future is better than you think*. Nova Iorque: Free Press, 2012 (edição Kindle), pos. 992.

EASTERBROOK, Frank. Limits of antitrust. *Texas Law Review*, vol. 63, 1983.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Antitrust Modernization Commission. *Report and Recommendations*, 2007.

_____. Department of Justice. *Competition and monopoly: single firm conduct under section 2 of the Sherman Act*. Chapter 9. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-9>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. _____. *Single-firm conduct and section 2 of the Sherman Act: an overview*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1>. Acesso em: 24 jan. 2016.

_____. _____. Statement of the Department of Justice Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc., 2010. Disponível em: <http://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. _____. *United States of America vs. Bazaarvoice Inc.* Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/case-document/file/488911/download>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. _____. *United States vs. Google Inc. and ITA Software, Inc.* Disponível em: <http://www.justice.gov/file/497686/download>. Acesso em: 21 fev. 2016

_____. _____. Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#4>. Acesso em: 7 ago. 2015.

_____. _____. Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices. 2013. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Executive Office of the President of the United States. *Big data and differential pricing*, 2015.

_____. Suprema Corte. *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/477/case.html>. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. _____. *Columbia Steel Co.* 1948. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/334/495/case.html>. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. _____. *Lorain Journal Co. v. United States*. 1951. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/143/>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. _____. *Northern Pacific Railway Comp. v. U.S.* 1958. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/case.html>. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. *U.S. v. Microsoft*. 2001. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_case?case=17987618389090921096&q=us+v.+microsoft&hl=en&as_sdt=2002. Acesso em: 20 dez. 2014.

EVANS, Dave. *The internet of everything*. How more relevant and valuable connections will change the world. Disponível em: http://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/ac79/docs/innov/IoE.pdf. Acesso em: 19 fev. 2016.

EVANS, David. *Defining markets that involve multi-sided platform businesses*. An empirical framework with an application to Google's purchase of DoubleClick. 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1027933>. Acesso em: 09 fev. 2016.

FAIR SEARCH. Google's transformation from gateway to gatekeeper. Disponível em: <http://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/10/Googles-Transformation-from-Gateway-to-Gatekeeper.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2015.

FARIS, Stephan. The hackers of Damascus. *Bloomberg*, 2012. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/bw/articles/2012-11-15/the-hackers-of-damascus#p1>. Acesso em: 22 out. 2015.

FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search of the Public Interest. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (Eds.) *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 39-63.

FITCHARD, Kevin. The real reason Verizon bought AOL. *Fortune*. Disponível em: <http://fortune.com/2015/06/24/verizon-gains-aol/>. Acesso em 07 fev. 2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FORGIONI, Paula A.. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

FOX, Eleanor. Economic development, poverty and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 107-125, 2007.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson; Freire, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2014, pp. 139-158.

_____. Direito concorrencial das estruturas. In: Fabio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 429-469.

FRIER, Sarah. Facebook \$22 billion WhatsApp Deal Buys \$10 million in sales. *Bloomberg*. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-10-28/facebook-s-22-billion-whatsapp-deal-buys-10-million-in-sales>. Acesso em: 6 fev. 2016.

FUTURE OF PRIVACY FORUM. *Big data: a tool for fighting discrimination and empowering groups*. Disponível em: <https://fpf.org/wp-content/uploads/Big-Data-A-Tool-for-Fighting-Discrimination-and-Empowering-Groups-FINAL.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALLAUGHER, John. Portal Combat: an empirical study of competition in the web portal industry. *Journal of information technology management*, v. 11, n.1-2, 2000, pp. 13-24. Disponível em: <https://www2.bc.edu/~gallaugh/portalsjitm00.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016, p.1.

GAYNOR, Martin; HAAS-WILSON, Deborah; VOGT, William. Are invisible hands good hands? Moral hazard, competition, and the second best in health care markets. National bureau of economic research. *NBER Working paper series n. 6865*, 1998. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w6865.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016.

GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 1, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2084355>. Acesso em: 26 jan. 2016.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006.

GIFFORD, Daniel; KUDRLE, Robert. The law and economics of price discrimination in modern economies: time for reconciliation? *University of Minnesota Law School Legal Studies Research paper Series*, n. 21, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14ª ed. atual. e rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAUSMAN, Jerry; LEIBTAG, Ephraim. Consumer benefits from increased competition in shopping outlets: measuring the effect of Wal-Mart. *NBER Working Paper Series*, 2005.

HARACOGLU, Irina. Competition Law, Consumer Policy and the Retail Sector: the systems' relation and the effects of a strengthened consumer protection policy on competition. *The competition law review*, v. 3:2; p. 175-208, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. Competition for innovation. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 13-25, 2013.

_____. *Federal Antitrust Policy*. The Law of Competition and Its Practice. 3ª ed. Thomson West, 2005.

_____. IP and Antitrust Policy. A brief historical overview. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 05-31, 2005.

HAZLETT, Thomas; TEECE, David; WAVERMAN, Leonard. Walled Garden Rivalry: The creation of mobile network ecosystems. *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, n. 11-50, 2011.

KAISER, Hanno. *Antitrust Law and Policy: an introduction*. Disponível em: <http://hannokaiser.com/lawschool/2013-svat/at-v2-1-intro.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

KANTER, James. Antitrust Nominee in Europe promises scrutiny of big tech companies. *The New York Times*. Disponível em: http://bits.blogs.nytimes.com/2014/10/03/antitrust-nominee-in-europe-promises-eye-on-big-tech-companies/?_r=0. Acesso em: 14 fev. 2016.

KIRKWOOD, John B.; LANDE Robert H. The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not efficiency. *Notre Dame Law Review*, v.84 , p. 191-244, 2008.

KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The sharing economy and consumer protection regulation. Mercatus Center. *Mercatus Research*, 2014. Disponível em: <http://mercatus.org/sites/default/files/Koopman-Sharing-Economy.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016

LANDE, Robert. The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is na Antitrust Concern. *University of Baltimore Legal Studies Research Parper*, n. 2008-06. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1121934>. Acesso em 22 fev. 2016.

LEONARD, Andrew. *How netflix is turning viewers into puppets*. Disponível em: http://www.salon.com/2013/02/01/how_netflix_is_turning_viewers_into_puppets/. Acesso em: 19 set. 2015.

LIEBOWITZ, Stan.; MARGOLIS, Stephen. Network externality: an uncommon tragedy. *Journal of economic perspectives*, v. 8, n. 2, 1994, pp. 133-150. , p. 135.

MANNE, Geoffrey; SPERRY, Ben. The Law and Economics of data and privacy in antitrust analysis. *TPRC Conference Paper*, 2014.

_____; _____. The problems and perils of bootstrapping privacy and data into an antitrust framework. *CPI Antitrust Chronic*, 2015.

_____; WRIGHT, Joshua. Google and the limits of antitrust: the case against the antitrust case against Google. *Harvard Journal of Law*, v. 34, 2011. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=1577556. Acesso em: 04 mar. 2015.

MANYIKA, James *et al.* Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity. *McKinsey Global Institute*, 2011.

MANKIW, Gregory. *Princípios de microeconomia*. Tradução da 5ª ed. americana. São Paulo: Cengage, 2009.

MELAMED, Douglas; RUBINFELD, Daniel. U.S. v. Microsoft: Lessons learned and issues raised. In: FOX, Eleanor; CRANE, Daniel. (ed.). *Antitrust Stories*. Thomson West, 2007, pp. 288-310.

MILLER, Stephen. First Principles for regulating the sharing economy. *Harvard Journal on Legislation*, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2568016>. Acesso em: 29 jan. 2016.

MOORE, Gordon. Cramming more componentes onto integrated circuits. *Proceedings of the IEEE*, v. 86, 1998. Disponível em: <https://www.cs.utexas.edu/~fussell/courses/cs352h/papers/moore.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. 12^a ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Why competition and consumer protection matter*. Disponível em: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/why-competition-matters.aspx>. Acesso em: 24 jan. 2016.

NEVEN, Damien; RÖLLER, Lars-Hendrik. *Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control*. Disponível em: http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/11611/ssoar-2000-neven_et_al-consumer_surplus_vs_welfare_standard.pdf?sequence=1. Acesso em: 24 jan. 2016.

NEWMAN, John. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Memphis Legal Studies Research Paper n. 151*, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2474874>. Acesso em: 07 jun. 2015, p. 43.

OHLHAUSEN, Maureen; OKULIAR, Alexander. Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy. *Antitrust law journal*, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 18 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression., Frank La Rue*. Nova Iorque, 2011. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Competition, Patents and Innovation II*. Policy Roundtables. Paris, 2009.

_____. *Hard Core Cartels*. Reports. Paris, 2000.

_____. *Innovation for development*. Paris, 2012.

_____. Policy Guidance for protecting and empowering consumers in communication services. OECD Ministerial meeting on the future of the internet economy. Seul, 2008.

_____. *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, 1998.

_____. *The interface between competition and consumer policies*. Policy Roundtables. Paris, 2008.

_____. *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Policy Roundtables. Paris, 2012.

_____. *What is competition on the merits*. Policy brief. Paris, 2006.

PASQUALE, Frank. Dominant search engines: an essential cultural & political facility. In: SZOKA, Berin; MARCUS, Adam. *The next digital decade*. Essays on the future of the Internet. Washington: Tech Freedom, 2010, pp. 401 - 418. Disponível em: <http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/The-Next-Digital-Decade-Essays-on-the-Future-of-the-Internet.pdf> p. 401. Acesso em: 19 fev. 2016.

_____; CITRON, Danielle. Promoting Innovation While Preventing Discrimination: Policy Goals for the Scored Society. *Washington Law Review*, vol. 89, pp. 1413-1424, 2014.

PELTZMAN, Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, Paulo *et al.*(Org.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 81-127.

PERITZ, Rudolph J. A conter-history of antitrust law. *Duke Law*, pp. 263-320, 1990.

PITOFISKY, Robert. The political content of antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, pp.1051-1075, 1979.

PORTER, Michael. *Competition and antitrust: a productivity-based approach*. Disponível em: <http://www.isc.hbs.edu/Documents/pdf/053002antitrust.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016.

POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. University of Chicago Law School, *Olin Working Paper n. 106*, 2000.

_____. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo *et al.*(Org.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 49-80.

POWELL, Alvin. Big data, massive potential. *Harvard Gazette*, 2015. Disponível em: <http://news.harvard.edu/gazette/story/2015/10/big-data-massive-potential/>. Acesso em: 22 fev. 2016.

PROSSER, Tony. Theorising utility Regulation. *Modern Law Review* , pp. 196-217, 1999.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Afinal, o que beneficia o consumidor? *Folha de São Paulo*, jan. 2007. Disponível em: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/4. Acesso em: 7 ago. 2015.

_____. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico* . Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RANCHORDAS, Sofia. Innovation Experimentalism in the age of the sharing economy. *Lewis & Clark Law Review*, v. 19, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2638406> Acesso em: 17 set. 2015.

REINO UNIDO. Office of Fair Trading. *Assessment of market power: Understanding competition law*. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. Office of Communications. *Time spent online doubles in a decade*. Disponível em: <http://consumers.ofcom.org.uk/news/time-spent-online-doubles/>. Acesso em: 22 fev. 2016.

RICHARDS, Neil; KING, Jonathan. Three Paradoxes of Big Data. *Stanford Law Review Online*, vol. 41, 2013.

RIOS, Cristina. Cidades inteligentes criam nova economia. *Gazeta do Povo*, 2014. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/cidades-inteligentes-criam-nova-economia-ecck3bgfcbxovd3zy6zg7c3f2>. Acesso em: 19 fev. 2016.

ROGERS III, Paul. A concise history of corporate mergers and the antitrust laws in the United States. *National Law School of India Review*, vol. 24:2, 2013.

ROTENBERG, Marc. *Hearing on: An examination of the Google-DoubleClick merger and the online advertising industry*. What are the risks for competition and privacy. Disponível em: <http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Rotenberg%20Testimony%2009272007.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. As estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SATARIANO, Adam. Apple overtakes Exxon becoming world's most valuable company. *Bloomberg*, 2011. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2011-08-09/apple-rises-from-near-bankruptcy-to-become-most-valuable-company>. Acesso em: 14 jan. 2016.

SCOTT, Mark. European Antitrust Chief Takes Swipe at Privacy Issue. *New York Times*, 2016. Disponível em: http://www.nytimes.com/2016/01/18/technology/european-antitrust-chief-takes-swipe-at-privacy-issue.html?_r=0. Acesso em: 22 fev. 2016.

SCOTT-MORTON, Fiona. Antitrust Enforcement in High-Technology Industries: Protecting Innovation and Competition. Remarks as prepared for the 2012 NYSBA Annual Antitrust Forum. *Antitrust in High-Tech Markets: Intervention or Restraint*, 2012.

SHAPIRO, Carl; VARIANT, Hal. *Information rules*. A strategic guide to the network economy. Nova Iorque: Harvard Business School Press, 1998 (edição Kindle).

SHELANSKI, Howard. Information, Innovation and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, 2013, pp. 1663-1705.

SCHMIDT, Eric; ROSENBERG, Jonathan. *Como o Google Funciona*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. Disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 11 dez. 2014.

_____. *Fundamentos do direito de defesa da concorrência moderno*. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mário L. (org). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. Nova Iorque: Start Publishing, 2012 (edição Kindle)

SCHWARTZ, Louis B. Justice and other non-economic goals for antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 1076-1081, 1979.

SHILLER, Benjamin Reed. *First Degree Price Discrimination Using Big Data*. Disponível em: http://benjaminshiller.com/images/First_Degree_PD_Using_Big_Data_Jan_27,_2014.pdf. Acesso em: 21 fev. 2016.

SICSÚ, Abraham Benzaquen; MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *Competitividade, política de defesa da concorrência e soberania nacional: avaliações sobre o caso brasileiro*. Disponível em: < <http://www.unicap.br/real/artigos/Texto11ProfAbraham.pdf> > Acesso em 27 ago. 08/2013;

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOLOVE, Daniel; SCHWARTZ, Paul. *Information Privacy Law*. 4ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo *et al.*(Org.) *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23-48.

_____. *The economists and the problem of monopoly*. *Occasional papers from the Law School of the University of Chicago*, n. 19, 1982

STIGLITZ, Joseph. Government Failure vs. Market Failure: principles of regulation. *Columbia University Academic Commons*, 2008. Disponível em: <http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac%3A126997>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____; GREENWALD, Bruce. *Creating a learning society*. A new approach to growth, development, and social progress. Nova Iorque: Columbia University Press, 2014 (edição Kindle).

STUCKE, Maurice. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, v. 53, pp. 551-629, 2011.

_____. The Implications of Behavioral Antitrust. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 192, 2012. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2109713. Acesso em: 25 fev. 2016

_____; GRUNES, Allen. No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 269, 2015.

_____; _____. Debunking the Myths over Big Data and Antitrust. *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, n. 276, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. *Free Markets and Social Justice*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997 (edição Kindle).

SWIRE, Peter. *Protecting Consumers: privacy matters in antitrust analysis*. Disponível em: <https://www.americanprogress.org/issues/regulation/news/2007/10/19/3564/protecting-consumers-privacy-matters-in-antitrust-analysis/>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SYLVAN, Louise. *Activating competition: the consumer protection – competition interface*. Disponível em: <https://www.acc.gov.au/system/files/20041029%20SA%20Uni%20Trade%20Practices%20Workshop.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

THIERER, Adam, *et al.* How the internet, the sharing economy and reputational feedback mechanisms solve the “Lemons Problem”. *Mercatus Working Paper*, 2015.

TUCKER, Darren. The proper role of privacy in Merger Review. *CPI Antitrust Chronicle*, 2015.

_____; WELLFORD, Hill. Big Mistakes Regarding Big Data. *American Bar Association*, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Antitrust: Commission sends statement of objections to Google on comparison shopping services. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. _____. Case M. 7217. Julgado em: 03 out. 2010. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em: 21 fev. 2016

_____. Corte Europeia de Justiça. *United Brands v. Commission*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=FR>. Acesso em: 29 jan. 2016.

_____. European Data Protection Supervisor. *Privacy and competitiveness in the age of big data*, 2014.

_____. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2008. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>> Acesso em 5 set. 2013.

VANACEK, Jacqueline. How cloud and big data are impacting the human genome. *Forbes*, 2012 Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/sap/2012/04/16/how-cloud-and-big-data-are-impacting-the-human-genome-touching-7-billion-lives/#517ddf7569fe> Acesso em: 20 jan. 2016.

VARIAN, Hal. *Microeconomia*. Princípios Básicos. Tradução da 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

WAKEFIELD, Jane. London's first driveless cars based on Heathrow pods. *BBC News*. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/technology-35432687>. Acesso em: 29. jan. 2016.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. Right to Privacy, *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5, 1890.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

WRIGHT, Joshua. Regulation in High-Tech Markets: Public Choice, Regulatory Capture, and the FTC. *Big Ideas about information Lecture*, 2015.

_____; GINSBURG, Douglas. The goals of antitrust. Welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, vol. 81, pp. 2405-2423, 2013. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/goals-antitrust-welfare-trumps-choice/130320goalsofantitrustbp4.pdf. Acesso em: 22 fev. 2016.